

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NOTION ET DE LA SANCTION

DES

LOIS D'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 5 mai 1913 à 4 heures 1/2

PAR

Victor EUSTATZIU

Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants : { MM. LARNAUDE, professeur.
WEISS, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NOTION ET DE LA SANCTION

DES

LOIS D'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

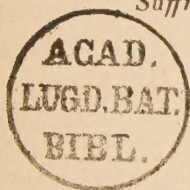
Le lundi 5 mai 1913 à 4 heures 1/2

PAR

Victor EUSTATZIU

Président : M. WAHL, professeur.

*Suffragants : { MM. LARNAUDE, professeur.
WEISS, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MA MÈRE

PRÉFACE

Le droit est l'ensemble des règles qui régissent les relations des hommes vivant en société. La loi est la constatation et la déclaration du droit par le pouvoir social.

Le droit et la loi ne s'occupent pas de tous les rapports qui existent entre les êtres humains. Certains de ces rapports ne relèvent que de la morale ou des usages. Mais on peut dire qu'à mesure qu'une société se civilise davantage, la complexité croissante des relations entre individus fait entrer un nombre d'actes de plus en plus grand dans le domaine de la réglementation légale.

Le but de la loi est à la fois d'assurer la libre expansion des activités individuelles et la satisfaction des besoins de la collectivité. Pour atteindre cet objectif, le droit fixe les droits qui appartiennent à chaque personne vis-à-vis des autres (droits individuels, droits de famille, droits patrimoniaux) et aux divers groupements composant l'organisme social.

La loi est-elle un commandement absolu, un im-

pératif catégorique auquel les citoyens ne puissent, en aucun cas, légitimement se soustraire? A cette question capitale il convient de répondre par une distinction.

Toute loi a sans doute pour objet d'organiser une vie en société durable. Mais il y a des dispositions légales qui ne règlent les rapports sociaux que pour le cas où les individus ne les auraient pas réglés eux-mêmes et il appartient, par suite, à ceux-ci d'adopter une réglementation différente. La liberté est le principe du régime politico-social, les particuliers gèrent leurs intérêts et mènent leurs tractations comme bon leur semble; la loi n'a qu'à prêter l'appui de sa force à leurs volontés exprimées, à les faire respecter, ou, si elles ne se sont pas complètement exprimées, à prévoir et à déclarer ce qu'elles ont dû être vraisemblablement. Il est clair que, lorsque le législateur joue ce rôle de sanctionnateur et d'interprète des volontés individuelles, ses dispositions, loin d'être un impératif catégorique, peuvent être écartées par les volontés contraires des individus.

Mais la liberté a des limites qui sont marquées par les intérêts de la collectivité. Lorsque les initiatives individuelles sont incompatibles avec ces derniers intérêts, elles ne peuvent être protégées par la loi; bien plus, c'est à celle-ci qu'il appartient de les réprimer. Les dispositions qu'elle prend en ce sens doivent être des commandements absolus. La conservation de la

société doit primer la satisfaction des besoins purement individuels.

Ainsi le législateur paraît investi d'une double fonction par la nature même des choses. D'une part il est le protecteur des activités individuelles, d'autre part il est le gardien de l'ordre social. C'est seulement quand il dispose au nom de l'ordre social qu'il commande absolument, au sens véritable du mot. Et ce sont ces impératifs, auxquels les volontés particulières ne peuvent échapper, qu'on nomme des lois d'ordre public.

Mais ces lois, quelles sont-elles ? Quel est le critérium qui permet de les distinguer des autres dans toutes les branches du droit ? Quels principes doivent conduire à leur détermination ? En outre quelle est leur sanction ?

Tel est le problème que nous nous sommes proposés dans ce travail.

Les considérations sommaires que nous venons d'émettre demandent à être développées et précisées. Notre premier soin sera de dégager, dans un premier chapitre, la notion même des lois d'ordre public.

Puis, nous aurons, dans les chapitres suivants, à décrire la mise en œuvre de cette notion dans les divers domaines du droit. La méthode que nous suivrons dans cette étude s'inspirera beaucoup moins de l'ordonnance des matières dans le Code que des idées directrices tracées dans le premier chapitre.

Enfin, il nous faudra envisager la sanction des lois dont il s'agit. Car c'est par la sanction que le droit offre une valeur vraiment pratique ; sans elle il ne serait qu'un recueil de préceptes théoriques.

DE LA NOTION ET DE LA SANCTION
DES
LOIS D'ORDRE PUBLIC
EN DROIT INTERNE

CHAPITRE PREMIER

Notion générale des lois d'ordre public

Etudier les lois d'ordre public, c'est se demander dans quelle mesure les lois sont obligatoires. On divise les lois, à ce point de vue, en deux catégories. Les unes sont dites interprétatives ou supplétives de la volonté des intéressés, les autres sont impératives ou d'ordre public.

Les premières sont destinées à compléter ou à suppléer la volonté des parties. En principe, les individus sont libres de conclure les actes juridiques qu'ils veulent et d'en régler les conséquences comme ils l'entendent. Mais il arrive fréquemment que les particuliers ne profitent pas ou ne profitent que partiellement de cette liberté. Il importe alors que les

effets des actes juridiques, laissés par les citoyens dans une plus ou moins grande indétermination, soient précisés par le législateur. Pour parvenir à cette précision, celui-ci peut s'inspirer de deux idées : ou bien il recherche la volonté présumée des parties et il régleme le rapport juridique comme elles l'auraient fait vraisemblablement elles-mêmes, si elles avaient exprimé leur volonté ; c'est ainsi que, dans les contrats usuels, tels que la vente et le louage, la loi s'inspire avant tout de l'intention des contractants ; ou bien le législateur tient compte principalement des traditions, des mœurs, des habitudes, de l'intérêt collectif ; il obéit à des considérations de cette nature lorsque, par exemple, il établit le régime pécuniaire des biens des époux mariés sans contrat ou lorsqu'il fixe les règles de la succession *ab intestat*. Les deux idées indiquées peuvent d'ailleurs assez facilement se ramener l'une à l'autre, car, si la loi a égard aux traditions et aux usages, c'est qu'elle estime que les contractants ont eu la pensée très naturelle de s'en référer implicitement à ceux-ci. Les lois de cette première catégorie, étant purement interprétative des volontés individuelles, s'accommodent des dérogations qui leur sont apportées par les conventions particulières. Les parties peuvent dire : la loi a mal interprété nos volontés dans l'espèce présente, nous attribuons aux actes que nous passons d'autres effets que ceux qu'elle a déterminés. Rien

n'est plus légitime, logiquement, que ces dérogations. Les lois interprétatives ne cessent cependant pas, pour cela, d'être de véritables lois. Car elles doivent être respectées et obéies lorsque l'application n'en a pas été formellement écartée. « Que si les parties profitent de la liberté qui leur est accordée, dit M. Capitant (1), et règlent elles-mêmes leur rapport de droit dans toutes ses conséquences, elles font une loi spéciale, concrète, qui, elle aussi, présente au même titre que la première le caractère obligatoire, mais n'est applicable que dans ce cas particulier. C'est ainsi que l'article 1134 du Code civil décide que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Un second groupe de lois est celui des lois impératives ou d'ordre public. Leur autorité est absolue en ce sens qu'elles ne comportent pas de dérogations conventionnelles. Le commandement du législateur, qui ordonne ou prohibe, s'impose sans restriction.

Qu'il existe des lois de cette sorte, nul ne l'a jamais mis en doute. Toutes les législations ont édicté des dispositions d'ordre public, placées au-dessus des volontés individuelles. Le droit romain, notamment, distinguait l'objet du contrat dont la réalisation est légalement impossible, comme la dation d'une chose sacrée, et l'objet illicite qui est possible, mais éprouvé

1. *Introduction à l'étude du droit civil*, 1912, p. 36 note 4.

par la loi. Le droit, qui défend certains actes, ne peut permettre qu'ils fassent l'objet d'une obligation valable : « *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fuerit, nullam vini habere, indubitati juris est* (1). » On rencontre des textes d'une portée plus générale encore et qui opposent, au moins implicitement, la loi interprétative à la loi impérative. « *Privatorum conventio* (dit la loi 45 au *Digeste. De regulis juris*) *juri publico non derogat.* »

Dans la législation française, il existe certainement des dispositions d'ordre public. Leur détermination est difficile, parce que le législateur n'a nulle part défini la notion d'ordre public. Le problème doit cependant être résolu, car les lois dont il s'agit présentent des caractères qui les différencient profondément des autres.

Aux termes de l'article 3 du Code civil « *les lois de police et de sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Quels que soient, en effet, le mode et la forme de son organisation, l'État doit, dans les limites où s'exerce son action, garantir la sécurité de chacun et assurer l'ordre public. Par l'expression « *lois de police et de sûreté* » les rédacteurs du Code ont certainement voulu désigner les lois d'ordre public en général, aussi bien les lois civiles que les lois pénales.

1. Loi 6 au Code, De Pactis.

Le principe de la territorialité des lois pénales entraîne plusieurs corollaires sur lesquels nous n'avons pas à insister.

Lorsqu'un crime ou un délit a été commis en France, la compétence de la justice française s'étend à tous les faits de complicité, même s'ils se sont produits en pays étranger. L'infraction commise en France, soit par un Français, soit par un étranger, doit être poursuivie, jugée et punie conformément à la loi pénale française qui ne distingue pas, du reste, quant aux formes de poursuite et quant à l'application des peines, entre Français et étrangers.

En ce qui concerne les lois civiles, il s'agit de savoir s'il faut considérer comme nulle une convention qui a été passée en France par des étrangers et qui, d'après les principes admis en France, est contraire à l'ordre public. En d'autres termes, l'ordre public est-il une notion purement *nationale*, s'imposant exclusivement aux citoyens d'un pays, ou bien est-il, au contraire, une notion *internationale* s'imposant à tous ?

La première opinion a eu ses partisans. N'est-il pas naturel de penser que la loi française n'a point à se préoccuper de la moralité des pays étrangers ? Mais les conséquences de cette manière de voir sont inadmissibles ; si l'on considérait l'ordre public comme une notion uniquement nationale, il faudrait dire, par exemple, que, contrairement à la loi française

qui interdit la bigamie, un maire français ne pourrait se refuser à marier plusieurs fois un étranger.

Toutefois il ne faut pas être trop absolu en cette matière ; il est évident que certaines lois d'ordre public ne concernent que les citoyens français. Il n'y a aucun intérêt, par exemple, à ce que les tribunaux français interdisent à des étrangers de se consentir entre eux des prêts moyennant une rémunération supérieure à 5 %.

C'est ainsi qu'on a été amené à établir la distinction entre deux ordres publics : l'ordre public *interne* et l'ordre public *international*. L'ordre public interne comprend les lois ou les principes qui, admis en France, ne sont d'ordre public que pour les citoyens français. L'ordre public international comprend les lois et les principes que les tribunaux doivent appliquer à tous, même aux étrangers.

Une autre question est liée à la précédente. Est-ce que les lois d'ordre public s'imposent aux Français même en ce qui concerne les actes dont l'exécution doit avoir lieu à l'étranger ?

Ainsi la vente d'une maison de jeu est incontestablement nulle. L'est-elle également quand cette maison est située à l'étranger ? De même la contrebande est contraire aux intérêts de l'État ; l'association ayant la contrebande pour objet est donc nulle. En est-il de même lorsque la contrebande doit s'exercer aux dépens d'un État étranger ? La Cour de cassa-

tion a admis qu'une société dont l'objet est la contrebande à l'étranger ne présente rien de contraire à l'ordre public (1). Son argumentation se résume en cette proposition, qu'il n'appartient pas aux tribunaux français de protéger l'État étranger, lequel doit avoir seul la mission de se protéger lui-même.

Cependant la question est demeurée indécise en jurisprudence ; les tribunaux marquent eux-mêmes une tendance de plus en plus accusée en faveur de la nullité d'une association de ce genre (2). C'est cette dernière solution qui nous semble préférable. Il est de l'intérêt de chaque pays que les actes nuls sur son territoire soient déclarés par ses tribunaux nuls alors même qu'ils doivent recevoir exécution sur un territoire étranger. C'est la seule manière de voir qui puisse amener dans les pays étrangers, par réciprocité, une solution analogue et désirable. Ajoutons que la morale est tout autant blessée quand les particuliers cherchent à violer une loi d'ordre public à l'étranger que lorsqu'ils tentent de la violer sur le territoire français.

Nous ne nous attacherons pas plus longtemps à ces questions qui relèvent de la théorie du conflit des lois, c'est-à-dire du droit international privé. Notre étude est limitée à *l'ordre public en droit interne*.

Sous ce point de vue, le trait essentiel des lois d'or-

1. Cass., 25 août 1835. Sirey 1835.1.673.

2. Douai, 11, novembre 1907. Sirey 1907.2.308.

dre public, c'est qu'il n'est pas permis d'y déroger. Cette affirmation est contenue dans leur concept même. Il est hors de doute que lorsqu'une personne aura, dans un acte juridique, méconnu une disposition légale basée sur l'ordre public, cet acte sera juridiquement inefficace. Si le législateur reconnaissait une valeur quelconque à l'acte accompli en violation de ses dispositions, il se mettrait en contradiction avec lui-même. Ainsi l'article 900 du Code civil décide que, dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites.

L'article 1172 dispose que toute condition d'une chose prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

L'article 1131 déclare que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Mais l'inefficacité d'un acte contraire à l'ordre public devra être reconnue alors même que le législateur n'aurait pas lui-même édicté formellement cette sanction. Car il y aurait absurdité à supposer que la loi donne quelque force à des actes qu'elle défend.

Cette idée capitale que la convention est impuissante contre une disposition d'ordre public entraîne une conséquence intéressante qu'il nous appartient de mettre ici brièvement en relief.

La question de savoir si la coutume peut complé-

ter ou modifier la loi doit être résolue par une distinction que formule d'ailleurs la jurisprudence. Il est très logique d'admettre que les lois interprétatives sont modifiées par la coutume ; celles-ci suppléent à la volonté présumée des contractants ; or il n'est pas contestable d'une part que la loi supplétive peut être modifiée par la convention des parties, d'autre part que le formalisme ne règne plus dans le droit moderne ; cela étant, et la convention modificatrice de la loi pouvant être expresse ou tacite, il est tout naturel de supposer que si un moyen constant s'est établi sur un point de droit déterminé, la volonté tacite des parties a été de s'y conformer. Il est donc permis de dire que la coutume est une convention tacite qui modifie la loi. Ce principe est consacré par l'article 1160 du Code civil aux termes duquel « *on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, bien qu'elles n'y soient pas exprimées* ». C'est grâce à ce texte que la jurisprudence a pu transformer complètement le sens et modifier la portée d'un grand nombre de dispositions légales. Beaucoup de celles-ci n'existent même plus que théoriquement parce qu'elles ont été négligées par la pratique. Pour n'en citer qu'un exemple, l'article 1905 dispose qu'il est permis de « *stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* » ; il ne serait donc dû d'intérêt, d'après ce texte, qu'en vertu d'une stipulation ; or la jurispru-

dence admet qu'étant donné la coutume les prêts portent intérêt même en l'absence de toute stipulation.

Mais il en va très différemment lorsqu'il s'agit de lois ayant un caractère impératif et d'ordre public. Celles-ci s'imposent aux individus, malgré toute convention contraire, parce que leur but est d'assurer l'application d'un principe d'intérêt général ou de protéger l'une des parties elles-mêmes contre la puissance excessive de l'autre. La coutume ne saurait déroger à de telles lois. La raison en est claire. C'est que les particuliers acceptant d'être régis en cette matière par la coutume et le juge leur imposant celle-ci méconnaîtraient le principe suivant lequel la loi doit être votée dans les formes exigées par la Constitution de 1875. Cependant cette solution n'est pas unanimement reçue par les jurisconsultes : « Le droit se forme spontanément, dit M. Capitant (1), il est produit par les rapports humains. Ce n'est pas le législateur qui le crée ; il ne fait qu'en reconnaître le besoin, et le préciser par des formules. La loi n'est pas la source originaires du droit ; elle n'en est que la constatation. Il n'est donc pas possible de voir dans la coutume une loi tacite, car la coutume est la première manifestation du sentiment juridique, antérieur à la loi. Loi et coutume sont deux modes de production différents, inassimilables. En déléguant à des représentants le

1. *Introduction à l'étude du droit civil*, 1912, p. 25.

soin de faire la loi, la nation n'a pas entendu tarir cette autre source, distincte de la première, l'usage constant et répété. » Nous ne croyons pas devoir souscrire à cette manière de voir. Juridiquement on ne peut pas dire que la coutume est une source de législation, puisque la constitution ne reconnaît que la loi écrite. Le pouvoir législatif est sans doute l'émanation du peuple, mais il n'en est pas moins seul qualifié pour faire les lois. Du reste la coutume n'a-t-elle pas un caractère trop imprécis pour qu'on puisse affirmer que le consentement unanime de la nation l'a fondée ? Il est même à remarquer que les civilisations dans lesquelles la coutume a été considérée comme une source de droit ont été, non pas celles où régnait la souveraineté peuple, mais bien celles où l'emportait l'absolutisme. Si, dans l'ancienne France, la législation civile avait été créée sur bien des points par les coutumes, c'est que les Parlements ne voyaient pas d'autre moyen de limiter la puissance royale. Dans un pays où le pouvoir législatif est organisé, la nation ne peut participer à l'exercice de ce pouvoir ; seules les Chambres ont le droit de légiférer (1).

1. Cf. Sur la question Genz : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 31 et 293 ; Rendant. *Cours de droit civil*, Introduction, p. 61-65 ; Esmein, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* Rapport présenté à la pre-

C'est donc à juste titre, à notre sens, que la Cour Suprême a décidé que toute coutume, si constante qu'elle soit, est impuissante à modifier une loi d'ordre public.

Il est intéressant de citer ici un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 octobre 1907 statuant sur le pourvoi du ministère public près le tribunal de simple police de Toulouse contre un jugement du dit tribunal en date du 10 juin 1907 : « Attendu qu'il résulte de l'édit de décembre 1607 et de l'article 1^{er} de l'arrêté municipal du 18 février 1842 qu'aucun travail de reconstruction ou de réparation ne peut être fait, à un édifice ou à un mur, sur ou joignant la voie publique, sans une autorisation préalable et par écrit de l'autorité compétente ; attendu que Maletterre et Tartanac étaient poursuivis pour avoir fait exécuter des travaux sans avoir au préalable obtenu l'autorisation nécessaire ; attendu, cependant que le tribunal de simple police les a relaxés par ces motifs que le receveur municipal avait délivré une quittance de versement des droits d'autorisation ; qu'il serait *d'usage constant* dans la ville de Toulouse que les entrepreneurs commencent leurs travaux dès qu'ils ont versé les droits de voirie et d'enregistrement ; mais attendu que la délivrance de la quittance de versement des droits d'autorisation

mière sous-commission de révision du Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 25-26.

ne saurait équivaloir à l'octroi d'une autorisation régulière (1). » Par ces motifs la Cour Suprême casse le jugement attaqué.

Une autre idée essentielle à faire ressortir, c'est que la loi d'ordre public est une dérogation au droit commun. Le droit privé n'établit pas d'office la réglementation des intérêts des individus, il trace seulement les limites dans lesquelles pourra s'exercer leur libre activité. Loin d'imposer des lisières aux initiatives, le droit a pour but de favoriser l'expansion des rapports entre les hommes. Les lois civiles ne touchent à l'intérêt public que dans la mesure où elles restreignent la liberté pour l'empêcher de devenir un danger général. Ce n'est qu'en cas d'opposition entre l'intérêt privé et l'intérêt public que le législateur édicte des dispositions qui s'imposent à la volonté des particuliers.

« Le principe de la liberté de la volonté, dit Ihering (2), doit dominer toute la matière du droit privé. Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public ou les bonnes mœurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousser une opération juridique uniquement parce qu'elle est contraire aux principes juridiques. »

1. Sirey, 1911.1.124.

2. Études complémentaires de l'esprit du droit romain, traduction Meulenaere, IV, *Mélanges*.

A maintes reprises et sous différentes formes, le Code civil a proclamé le principe de l'autonomie de la volonté (article 537, alinéa I, 1134 ; 1156, 1387, 6).

La loi d'ordre public est une exception à ce principe général. Il en résulte qu'en cas de doute une loi ne doit jamais être regardée comme ayant un caractère d'ordre public. Cette idée est formulée implicitement par l'article 6 du Code civil qui est le texte fondamental en cette matière : « *on ne peut, dit-il, déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Qu'est-ce à dire, sinon que le principe est que l'on peut déroger à toutes les lois, que l'exception est que l'on ne peut déroger à celles qui sont d'ordre public ?

Du caractère exceptionnel des lois d'ordre public, il ne faudrait pas conclure qu'une loi ne peut être considérée comme étant d'ordre public que si elle se déclare telle elle-même. Cette déduction serait entièrement erronée. En général le législateur n'indique pas si les lois qu'il édicte sont ou non d'ordre public. Il ne le fait que lorsque, le caractère d'ordre public étant incertain et quelque peu artificiel, il est obligé de l'imprimer expressément à la loi afin qu'il s'impose aux particuliers et aux tribunaux.

Cette observation montre combien est délicate la définition des lois d'ordre public ; le législateur ne la fournissant pas lui-même, c'est dans l'esprit de ses dispositions qu'il faut la chercher.

Portalis, dans son discours au Corps Législatif, entendait par ordre public tout ce qui, dans les lois, « intéresse plus directement la société que les particuliers (1) ». Mais la difficulté est précisément de savoir quelles dispositions intéressent la collectivité plus que les individus. Toute loi civile règle les rapports des particuliers. L'intérêt public n'est engagé que lorsqu'il se trouve en conflit avec des intérêts particuliers. Le problème consiste à rechercher les limites auxquelles commence et finit cette opposition.

Quelques considérations de philosophie législative sont ici nécessaires.

Les motifs qui déterminent le législateur à édicter des règles auxquelles il n'est pas permis de déroger peuvent être rangés en deux catégories.

Les uns tendent à assurer le maintien de l'ordre social et le respect de la morale publique en interdisant tous les actes qui sont de nature à troubler l'organisation de la société et à porter atteinte aux bonnes mœurs. Il est bien évident que le principe qui s'impose le plus énergiquement pour un État, c'est sa propre conservation. Toute disposition ayant pour objet de maintenir cette dernière, soit qu'elle commande, soit qu'elle prohibe, doit être considérée comme l'expression même du vouloir-vivre de cet État.

1. Locré, I, p. 483.

De plus la constitution de la famille étant essentielle à la conservation d'un État, les principes sur lesquels repose la famille sont également intangibles. Mais ce sont surtout les lois qui sanctionnent des préceptes de morale qui offrent ce caractère. Une législation ne saurait admettre que les juges fussent obligés de condamner un particulier, à exécuter une convention contraire à la morale. L'intérêt de la morale, comme celui de la famille, se confond avec celui de l'État. Seulement la morale est très contingente, elle varie suivant les temps et les lieux, et elle entraîne des variations correspondantes dans la notion d'ordre public.

Une seconde catégorie de raisons qui ont conduit le législateur à édicter des règles qui s'imposent à la volonté des individus, c'est, non plus le maintien de l'ordre social et moral proprement dit, *mais la protection d'un certain nombre de personnes* très diverses que leur inexpérience ou leur situation rendent incapables de défendre elles-mêmes leurs intérêts. Si ces règles protectrices pouvaient être écartées par la volonté des particuliers, elles manqueraient fatalement leur but.

Or elles sont impératives et soustraites à l'autonomie des volontés individuelles en vertu d'une conception d'ordre public. Le législateur considère qu'il est du devoir social de protéger les faibles ; et cette considération gagne de plus en plus d'importance à

mesure que les sentiments et les idées de solidarité pénètrent davantage la société moderne.

D'après ce qui précède, on peut définir les lois d'ordre public celles qui, d'après la volonté du législateur, sont essentielles à l'intérêt de la société, de la famille et de la morale.

On voit que les lois de protection rentrent dans cette définition générale, car la protection de certaines catégories de personnes est commandée par l'intérêt même de la société ou par des sentiments et des idées de morale supérieure.

L'analyse à laquelle nous venons de nous livrer montre que toute classification des lois d'ordre public présentera nécessairement quelque chose d'artificiel. L'intérêt de l'État est lié à celui de la famille et de la morale, de même qu'il est engagé par la protection de certains groupes d'individus.

Sous réserve de cette observation, que nous faisons ici une fois pour toutes, nous pouvons cependant répartir les lois d'ordre public en trois catégories :

1° *Celles qui tendent à la conservation de l'ordre politique et social proprement dit ;*

2° *Celles qui ont pour objet le maintien de l'ordre moral, c'est-à-dire des bonnes mœurs ;*

3° *Enfin celles qui ont pour but la protection de certaines catégories de personnes.*

Nous consacrerons un chapitre à chacune de ces catégories. Toutes se ramènent à l'unité par l'oppo-

sition de l'intérêt collectif aux intérêts purement privés ; mais elles présentent néanmoins des caractères distinctifs assez nets pour que nous puissions les envisager séparément pour la clarté de l'exposition.

La difficulté de la détermination des lois d'ordre public vient surtout de ce que ce caractère, même d'ordre public, est variable dans le temps et dans l'espace, et ce serait ici le lieu de se rappeler un mot célèbre de Pascal : « Vérité en deçà des Pyrénées, mensonge au delà. » Mais on peut dire que cette difficulté n'est pas le moindre attrait du sujet. Car elle montre que le droit, loin d'être un ensemble de préceptes rigides et éternels, suit au contraire les transformations sociales de toutes sortes dont il est l'expression.

La notion d'ordre public est essentiellement mobile et changeante ; se rattachant à un ensemble d'idées sur l'organisation sociale, elle varie en fonction des modifications imprimées aux traits de cette organisation. Par suite, pour décider si une clause insérée dans un acte juridique est ou non contraire à l'ordre public, on doit se placer au moment précis où la difficulté est soulevée, non à une époque antérieure. Mais il ne faudrait pas exagérer la portée de cette observation et en conclure qu'une prohibition expresse portée par la loi et fondée sur l'ordre public pourrait être considérée comme abrogée de plein droit le jour où les conceptions sociales se seraient modifiées.

C'est seulement quand il s'agit d'apprécier si un acte est contraire ou non à l'ordre public, en dehors de toute prévision spéciale de la loi et en présence seulement des textes généraux refusant efficacité aux actes contraires à l'ordre public, que l'interprète doit se placer au moment même où il fait cette appréciation (1).

La variabilité de l'idée d'ordre public n'apparaît pas moins dans l'application des dispositions qui ont pour but spécial le maintien de l'ordre moral.

La notion de bonnes mœurs n'est qu'un aspect de celle d'ordre public. L'atteinte portée aux bonnes mœurs compromet l'ordre social non seulement par le trouble qu'elle cause, mais encore par le danger de l'imitation. C'est donc pour ainsi dire au double titre préventif et répressif qu'un acte contraire aux mœurs doit être considéré comme non avenu et ne recevoir aucune force de la loi.

La comparaison de la morale et du droit a souvent été faite. L'un et l'autre édictent des préceptes obligatoires, mais ils diffèrent par le mode de sanction. Celui qui viole les prescriptions morales ne s'expose qu'au jugement de sa conscience, il n'encourt aucune répression matérielle. La violation du droit est réprimée par l'intervention des pouvoirs publics.

Cette différence n'est d'ailleurs pas absolue et il y

1. Saleilles. *Déclaration de volonté*, p. 210 à 212, n^{os} 37 à 39. Capitant, *loc. cit.*, p. 77, en note.

a un point de contact évident entre le droit et la morale. D'une part les crimes et délits punis par le Code pénal sont presque tous des actes réprouvés par la conscience morale. D'autre part le Code civil frappe de nullité les conventions contraires aux bonnes mœurs. Mais nous aurons l'occasion de constater que, dans certains domaines, celles-ci ne sont pas aujourd'hui ce qu'elles étaient hier.

Enfin l'ordre public varie dans la sphère de la protection, car ce ne sont pas toujours les mêmes individus qui ont besoin d'être protégés. Les faibles peuvent à leur tour devenir parfois les forts.

Lorsque nous aurons, conformément au plan que nous venons d'esquisser, étudié la mise en œuvre par le législateur de la notion d'ordre public, il nous restera, dans un dernier chapitre, à en rechercher la sanction ; et nous verrons alors que la portée même de cette sanction n'a pas toujours été comprise de la même manière.

CHAPITRE II

Lois d'ordre politique et social proprement dit

L'ordre public, c'est avant tout l'ordre dans l'État, l'organisation des institutions politiques. Les lois constitutionnelles et politiques sont, au premier chef, intangibles. Il n'est pas douteux que les conventions qui auraient pour but le renversement des pouvoirs établis en France seraient nulles (1).

Il en serait de même des conventions qui tendraient à faire obstacle à l'exercice des droits politiques, ou à porter atteinte soit à l'indépendance, soit à la sincérité des candidatures et des votes (2).

Il en serait encore ainsi des conventions de remplacement militaire qui, licites autrefois, sont prohibées par la législation militaire actuelle (3).

Dans la même catégorie, il convient de ranger les contrats ayant pour objet la démission d'un fonction-

1. Paris, 21 juin 1833, Dalloz, *Répert.*, v° *Contrats et oblig.*, n° 559.

2. Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899 et trib. civil Castelnaudary, 25 juin 1902, Dalloz, 1904.2.201.

3. Dalloz, *Répertoire*, v° *Armée*, n°s 52, 53.

naire et la stipulation d'un prix en compensation de cette démission (1).

La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association prévoit, comme frappées de nullité, les associations contraires à l'État. Son article 3 dispose que « toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement, est nulle et de nul effet ».

Sans entrer ici dans les détails et sans citer les décisions judiciaires qui sont très nombreuses sur ce point, on peut dire que toute convention, ayant pour cause un fait prévu par la loi pénale, est nulle. Sont également illicites les conventions qui tendent à frauder les lois fiscales (2).

De même les lois de procédure ont un caractère d'ordre public au premier chef. Il en est de même des lois commerciales. Les conventions contraires à la liberté du commerce, de l'industrie ou du travail sont essentiellement contraires à l'ordre public.

1. Paris, 8 février 1840. Dalloz, *Répertoire*, v^o *Contrats*, n^o 565-6^o ; Montpellier, 17 décembre 1849. Dalloz, 1850.5.339 ; Lyon, 21 juillet 1856. Dalloz, 56.2.253 ; Paris, 30 janvier 1857. Dalloz, 1859.5.194.

2. Toulouse, 2 mars 1870. Dalloz, 72.1.256 ; Limoges, 18 août 1879. Dalloz, 80.2.231 ; Cass. Req., 8 novembre 1880. Dalloz, 1881.1.115 ; Pau, 11 mars 1907. Dalloz, 1907.5.31.

Parmi les dispositions d'ordre public se rattachant à l'organisation politique et sociale du pays, on peut mentionner celles qui tendent à assurer la liberté et l'égalité des citoyens. C'est ainsi que serait nulle la convention par laquelle on enchaînerait ses services à vie (art. 1780 C. civ.) ; il est clair, en effet, que de tels contrats seraient de nature à rétablir les anciennes classes sociales et à ruiner le principe d'égalité sur lequel repose l'ordre moderne.

Nous n'avons point la prétention de fournir une énumération complète de toutes les lois d'ordre public. Notre objectif est d'en dégager la notion et de l'éclairer par des exemples saillants. C'est dans ce but que nous allons faire une rapide incursion dans le *droit patrimonial* et dans le *droit extrapatrimonial*.

Nous allons voir comment quelques groupes importants de dispositions légales appartiennent à l'ordre public parce qu'elles visent à maintenir l'ordre politique et social proprement dit. Signalons d'abord les lois relatives à l'organisation de la propriété.

« Les lois qui déterminent le droit de propriété, dit M. Planiol (1), les effets, les limites de ce droit, surtout quand il s'agit de la propriété foncière, tiennent de trop près à l'organisation sociale du pays pour qu'on puisse en abandonner l'effet à la liberté des conventions.

1. Droit civil, t. I, n° 292.

« La formation féodale dont l'Europe moderne, et en particulier la France, ont eu tant de peine à se débarrasser est un grand exemple historique de ce que peut faire le jeu naturel des conventions privées, quand on laisse leur effet s'accumuler pendant des siècles.

« C'est pour cela qu'il faut considérer comme limitative la liste des droits réels prévus et organisés par la loi et ne pas permettre la création fantaisiste de droits nouveaux, surtout de ceux qui ramèneraient l'antique sujétion d'une classe de personnes à une autre classe. »

Aux lois relatives à l'organisation de la propriété il faut ajouter, comme rentrant dans l'ordre public, celles qui ont pour objet le droit d'aliéner ses biens, l'interdiction de rester dans l'indivision, l'organisation du crédit foncier et mobilier, la publicité des transmissions immobilières. Les lois qui organisent la publicité des aliénations ou celle des privilèges et hypothèques sont destinées à donner plus de garantie et de sécurité aux mutations de propriété et à consolider de la sorte le crédit des propriétaires en leur permettant d'établir leur droit d'une manière certaine.

Ces lois intéressent donc l'organisation sociale ; leur suppression aurait pour conséquence une grave perturbation dans le régime de la propriété et, d'abord, une diminution du profit que les individus peuvent retirer des choses qu'ils possèdent.

C'est un principe d'ordre public que les biens doivent circuler librement. En principe, tout acte juridique tendant à empêcher cette circulation sera donc frappé de nullité. L'article 896 interdit les substitutions.

Il décide que « *toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire* ». Au même ordre d'idées se rattachent les clauses d'inaliénabilité et des conditions de ne pas aliéner imposées à un légataire ou à un donataire. Il ne faut pas confondre les unes et les autres (1). La clause d'inaliénabilité frappe le bien lui-même ; elle est juridiquement impossible, parce que les biens doivent circuler librement.

Au contraire, la défense d'aliéner, imposée au bénéficiaire d'une libéralité, ne frappe que la personne bénéficiaire et non le bien lui-même. On sait que la jurisprudence déclare valable la condition de ne pas aliéner pourvu qu'elle soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime ; qu'en outre elle fait consister la sanction d'une pareille clause ordinairement dans la nullité des actes qui lui sont contraires, et, exceptionnellement, dans la résolution des droits

1 M. Bartin a très bien fait la distinction dans son ouvrage : *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*.

du gratifié, lorsqu'il est manifeste que le donateur ou le testateur a considéré la défense d'aliéner comme une véritable charge dont l'inexécution doit entraîner la révocation de la libéralité (1).

Cette jurisprudence peut, à notre sens, être approuvée. Sans doute l'intérêt général veut que les biens ne demeurent pas figés entre les mains des particuliers et l'initiative individuelle serait paralysée si l'inaliénabilité devenait une mesure très fréquente. Mais, pour que cet intérêt général soit respecté, il suffit que l'inaliénabilité ne soit établie que temporairement et pour des motifs assez graves pour tenir en échec cet intérêt collectif.

Or, lorsqu'il s'agit, par exemple, de ménager les ressources indispensables à la vie d'un foyer, d'assurer à un père dépensier ou engagé dans des affaires hasardeuses, de quoi élever ses enfants, on se trouve en présence d'un intérêt sérieux et qui, comme le dit M. Chéron (2), tend à devenir social, étant donné la mobilité des fortunes à l'heure présente.

Si nous quittons maintenant le droit patrimonial pour entrer dans le *droit des personnes et de la famille*, nous allons voir qu'ici encore l'ordre politi-

1. Bretonneau, Etude sur les clauses d'inaliénabilité, *Thèse Paris*, 1902 ; Chéron, La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité dans *Revue trimestrielle*, 1906, p. 349 et suivantes ; Cassation, 20 avril 1858, Sirey 1858, 1.589.

2. *Loc. cit.*, p. 348.

que et social fait placer nécessairement certaines catégories de dispositions au-dessus de la liberté des volontés individuelles.

Les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes sont d'ordinaire considérées comme étant d'ordre public (1). Cependant on cherche parfois à établir une distinction à cet égard entre l'état et la capacité. « Pour les lois relatives à l'état des personnes, dit M. Capitant (2), il est exact de dire qu'elles sont d'ordre public, car l'état est la réunion des divers attributs qui constituent la personnalité de l'individu, qualité de père, de fils, d'époux, de national, etc... Ces lois sont d'ordre public parce qu'il est indispensable au bon ordre que la situation de chaque individu, les droits et les devoirs qui en découlent soient nettement et uniformément fixés. Mais on ne peut pas dire la même chose des lois concernant la capacité. Celles-ci sont avant tout des lois de protections. » Sans doute, remarque l'éminent jurisconsulte, les lois de protection sont impératives, mais il n'en résultent pas qu'elles soient d'ordre public.

Nous pensons, pour notre part, qu'il est facile de faire rentrer les lois de protection dans la notion d'ordre public. N'est-il pas nécessaire, en effet, que,

1. Laurent, t. I, p. 83 ; Aubry et Rau, t. I, § 36 ; Beudant, *Droit civil* : Introduction, n° 120 ; Houques-Fourcade et Baudry-Lacantinerie. *Des personnes*, I n° 269 ; Planiol, t. I, n° 292.

2. *Loc. cit.*, p. 42 en note.

dans une société civilisée, les personnes que l'âge ou les infirmités mettent dans une situation d'infériorité soient défendues contre la mauvaise foi de tous et contre leur propre faiblesse.

Cette défense n'est-elle pas un devoir social ? Les mesures de protection édictées par le législateur en faveur des incapables touchent donc à l'ordre public. Les lois qui déterminent la capacité des personnes, de même que celles qui fixent leur état sont, en dehors du domaine des conventions et l'on peut appliquer l'idée d'ordre public aux unes comme aux autres.

Objecterait-on l'article 83 du Code de Procédure civile qui soumet à la communication au ministère public : 1° les causes qui concernent l'ordre public ; 2° celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles ? Nous répondrions que ce texte n'a rien à voir avec la question, car son énumération n'a nullement pour objet de définir l'ordre public et d'opposer les lois d'ordre public aux lois de protection ; ce qui le montre bien, c'est qu'il mentionne en second lieu l'état des personnes qui, de l'aveu unanime, appartient à l'ordre public. Les règles concernant la capacité de l'incapacité sont donc d'ordre public.

Il ne dépend pas d'un incapable de renoncer au régime organisé à son profit par la loi. L'article 1307 applique cette idée lorsqu'il décide que la simple déclaration de majorité, faite par le mineur dans un

acte juridique, ne l'empêche pas de se prévaloir de son incapacité. Il n'est pas permis non plus à une personne capable de faire l'abandon total ou partiel de sa capacité.

Les lois relatives à la capacité touchant d'ailleurs à une idée de protection, nous y reviendrons dans la suite de cette étude.

Continuons notre examen en jetant un regard sur les lois de la famille.

Dans le droit de la famille il semble que toutes les dispositions de la loi soient d'ordre public. La famille est la base de la société. Par suite est-ce que l'organisation des rapports juridiques entre les membres de la famille, les obligations qui en dérivent, les droits de puissance établis par la loi sur certaines personnes ne rentrent pas tous dans la notion d'ordre public ? Une réponse absolue serait exagérée. Parmi ces règles, « il en est beaucoup, dit M. Pillet⁽¹⁾, qui ne sont pas nécessaires, mais simplement utiles, qui ne consacrent pas des principes essentiels à la conservation des mœurs nationales, qui édictent simplement des règles propres à établir entre les personnes des relations juridiques conformes à ce que la conscience nous représente comme étant le plus moral. »

Il importe donc de faire une distinction entre le

1. *De l'ordre public en droit international privé*, p. 21.

droit de la famille pur et le droit patrimonial de la famille (1). Les rapports moraux des membres de la famille offrent une importance capitale. Il est certain qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux règles qui organisent le mariage, les devoirs entre époux, entre parents et enfants, le divorce et la séparation de corps, la puissance maritale, la puissance paternelle, la tutelle, les modes de preuve de la filiation, non plus qu'à celles qui prohibent la constatation de la filiation adultérine et incestueuse.

Mais le droit patrimonial de la famille intéresse d'une façon moins directe l'ordre public. La réglementation légale des rapports pécuniaires des membres de la famille ne met pas toujours en jeu l'organisation même de la famille et la conservation de la société.

Il est bien clair, par exemple, que le droit d'usufruit des père et mère sur les biens de leurs enfants peut être utile, mais n'est pas nécessaire. Les dispositions concernant la réserve des enfants et des ascendants sont-elles d'ordre public ? Le point est délicat. Suivant M. Pillet (2) les lois sur la réserve ne rentrent pas dans l'ordre public.

L'idée de réserve, dit-il, ne s'explique plus actuel-

1. Capitant, *loc. cit.*, p. 41 et suiv.

2. *Loc. cit.*, p. 52.

lement par la nécessité toute politique de la conservation des biens dans les familles, car alors le législateur n'aurait pas dû laisser les héritiers sans garantie contre les aliénations à titre onéreux de leur auteur ; elle se justifie beaucoup mieux par une idée de protection, par la nécessité qui s'impose de garantir un mourant contre les défaillances de sa volonté et de le sauver des tentatives de captation dont il peut être l'objet. Cette observation ne nous paraît aucunement décisive.

D'abord, nous l'avons vu, l'idée de protection d'une catégorie de personnes peut très bien se ramener à celle d'ordre public, puisque la tutelle des faibles apparaît comme un devoir de la collectivité.

D'ailleurs il semble bien que la réserve soit directement liée à l'organisation de la famille. Qu'on se rappelle, pour s'en convaincre, les arguments de l'École de le Play qui accusent l'institution de la réserve d'avoir détruit l'autorité paternelle ; d'après cette conception, la liberté testamentaire complète serait une base indispensable de la réforme sociale et la condition de la renaissance des traditions familiales.

Il est donc permis de dire que la disparition de la réserve modifierait profondément les caractères de la famille. De même que les dispositions relatives à la réserve, un certain nombre de dispositions en matière de succession sont d'ordre public parce qu'elles

sont liées à l'organisation de la famille et au régime général de la nation ; il en est notamment ainsi des règles concernant les substitutions et de celles qui établissent les ordres de succession.

Passons maintenant à un autre ordre d'idées et pénétrons dans cette région très intéressante du droit qui a pour objet *la responsabilité des personnes les unes à l'égard des autres*. On peut légitimement affirmer que les dispositions qui sanctionnent la responsabilité humaine touchent à la base même d'une société civilisée.

Le principe philosophique d'où tout dérive en ce domaine, c'est que la liberté de chacun est limitée par la liberté d'autrui ; celui qui, outrepassant son droit, empiète sur le droit d'autrui, doit répondre de cette violation. La réglementation de la responsabilité des individus constitue l'un des fondements essentiels de l'ordre social.

Est-ce à dire que toute règle légale qui a pour objet la responsabilité soit d'ordre public et insusceptible d'être écartée par le jeu des conventions ? Cette formule serait trop absolue. Nous croyons qu'il faut faire à cet égard une distinction capitale entre *la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle*.

Le principe de l'article 1382 suivant lequel tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer

constitue certainement une règle d'ordre public. Elle est la sauvegarde du droit de l'individu. Si son application pouvait être écartée, la sécurité et la justice seraient menacées. En matière de délits, les clauses d'irresponsabilité sont toujours nulles (1).

On ne saurait invoquer contre cette solution le fait qu'un contrat d'assurance est valable pour couvrir la responsabilité des fautes délictuelles. (Assurances du propriétaire contre le recours des voisins en cas d'incendie, du patron contre l'action des ouvriers en cas d'accidents, etc.)

Il ne serait pas légitime de raisonner de la manière suivante : puisque la personne responsable peut se couvrir par un contrat avec un tiers, pourquoi ne pourrait-elle pas s'exonérer du risque par une convention conclue directement avec la victime possible de ses fautes? Il n'y a aucune similitude entre les deux conventions. L'assurance ne détruit pas la responsabilité envers la personne lésée; au contraire, elle en implique l'existence et en garantit le fonctionnement; tandis que la clause d'irresponsabilité supprimerait toute action, laisserait la victime du dommage sans aucun recours et provoquerait l'im-

1. Planiol. *Droit civil*, t. II, n° 882 ; Dalloz : supplément au *Répertoire*, v° *Responsabilité*, n° 273, f. les études de MM. Labbé et Thaller dans les *Annales de droit commercial*, année 1886 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 41.

prudence et la négligence d'une personne devenue irresponsable.

C'est pourquoi la jurisprudence n'a fait aucune difficulté pour déclarer que toute convention, par laquelle on se décharge de la responsabilité de sa propre faute, est atteinte d'une nullité d'ordre public (1).

« Ce que la loi ordonne, dit M. Sanictelette, doit être fait, ce qu'elle défend ne peut l'être. Les conventions contraires à la loi ne sont que des violations géminées de la paix publique, ceux qui les forment ne sont pas des contractants, mais des complices. » Or il n'est pas de commandement plus intérieur et plus général de la loi que celui qui est contenu dans l'article 1382. Ce texte peut être considéré comme l'une des pierres angulaires de l'ordre social et de l'ordre moral.

Mais le point de vue se déplace lorsqu'on se trouve en présence d'une responsabilité contractuelle, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus violation de la loi, mais d'un contrat. Sans doute le législateur a réglementé la responsabilité du débiteur. Mais les dispositions de cet ordre sont-elles d'ordre public ou simplement interprétation des volontés? Telle est la question, et elle a été l'objet de trop nombreuses controverses

1. Montpellier, 5 décembre 1892. Dalloz, 94.2.451 ; Riom, 27 mars 1895, Dalloz, 96.1.407 ; Paris, 22 décembre 1897 (solution implicite) Dalloz, 1900, 2.64.

pour que nous nous dispensions d'y consacrer quelques développements.

Peut-on déroger, par des conventions particulières, aux règles qui déterminent la responsabilité du débiteur ?

Avant d'entrer dans le vif du problème, il importe, pour le préciser encore davantage, de faire deux observations préliminaires.

La loi du 17 mars 1905 a prohibé les clauses d'irresponsabilité en matière du contrat de transport. L'article 103 du Code de commerce est désormais ainsi conçu : « Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors le cas de force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure. Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle. » Une clause d'irresponsabilité inscrite dans un contrat de transport terrestre de marchandises serait donc frappée de nullité (1). Mais que décider lorsqu'il s'agit de semblables clauses introduites dans d'autres contrats ?

Ici une autre observation s'impose. Il est bien certain qu'une convention exonérative du dol serait nulle (2). Elle équivaldrait en effet à permettre au

1. Antonini : Les clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport de marchandises, *Thèse Paris*, 1907.

2. Au dol la Cour de cassation assimile, à cet égard, la faute lourde : Cassation, 15 mars 1876. Sirey 1876.1.337.

débiteur de se dégager du contrat par sa seule volonté. Le débiteur dirait en définitive : je suis tenu, si je veux.

Or, il y aurait là, aux termes de l'article 1174 du Code civil, une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, laquelle vicierait profondément la convention et la rendrait inexistante. Au surplus il serait immoral qu'un individu pût se dégager conventionnellement des conséquences d'un manquement intentionnel à une obligation qui lui est imposée soit par la loi, soit par un contrat.

Abstraction faite du dol et de l'article 103 du Code de commerce, en matière de contrat de transport, la question est de savoir si la responsabilité qui incombe à une personne en raison de ses fautes est d'ordre public en ce sens qu'aucune convention ne peut la supprimer ou la restreindre. Faut-il dire, au contraire, que cette responsabilité n'est déterminée par la loi qu'à défaut de convention spéciale, de telle sorte que les individus puissent à leur gré la faire disparaître ou l'atténuer ?

La jurisprudence a subi sur ce point une évolution qu'il est intéressant de rappeler. La Cour de cassation considéra d'abord les clauses dont il s'agit comme absolument illicites (1). Les arguments qu'elle invo-

1. Cassation, 26 février 1859. Sirey. 1859.1.315 ; cassation, 26 mars 1860. Sirey. 1860.1.899 ; cassation, 24 avril 1865. Sirey. 1865.1.215 ;

quait peuvent se résumer dans les deux propositions suivantes :

1^o Les textes n'autorisent pas à stipuler l'exonération des fautes ;

2^o Permettre les clauses d'irresponsabilité serait encourager la fraude, la négligence et les abus de toutes sortes. En conséquence, les stipulations d'irresponsabilité étaient regardées comme totalement illicites et inopérantes. Cette rigueur s'atténua en 1874. Un arrêt de la Cour Suprême du 4 février 1874 décide que si la clause en question n'avait pas pour effet de décharger une Compagnie de chemins de fer de toute responsabilité pour les fautes commises par elle ou par ses agents, elle avait néanmoins pour résultat d'en mettre la preuve à la charge de l'expéditeur. Les arrêts suivants furent rendus dans le même sens (1).

Ainsi la règle posée antérieurement et suivant laquelle le transporteur ne pouvait s'affranchir de sa responsabilité était maintenue. Mais une efficacité restreinte était cependant reconnue aux clauses d'irresponsabilité, puisque celles-ci déplaçaient le fardeau de la preuve et obligeaient le demandeur à démontrer une faute imputable au transporteur.

cassation, 29 mai 1866, 30 mars 1868, 16 février 1870 ; 21 novembre 1871, 29 janvier 1872.

1. Voir Dalloz. Supplément au Répertoire v^o Voirie par chemins de fer, n^o 639.

Cette jurisprudence a été le point de départ du mouvement d'opinion qui aboutit à la loi de 1905. On considéra comme une injustice l'effet du renversement de la preuve attribué aux stipulateurs de non-garantie. Les Compagnies de chemins de fer apparaissaient comme des privilégiées, puisqu'elles étaient présumées irresponsables jusqu'à ce que l'expéditeur ou le destinataire ait prouvé une faute de leur part.

En tout cas cette validation partielle des clauses d'irresponsabilité n'est guère logique. D'après ce système, en effet, les dites conventions sont valables en tant qu'elles opèrent un renversement de la preuve mise à la charge de l'expéditeur ou du destinataire, mais elles sont nulles en tant qu'elles rendraient le débiteur irresponsable de ses fautes. N'est-ce pas méconnaître l'intention des parties contractantes qui ont certainement entendu stipuler l'exonération ? Rationnellement, il faut ou bien reconnaître à ces stipulations leur plein et entier effet ou bien les déclarer entièrement illicites comme contraires à l'ordre public.

Ce système aboutit d'ailleurs à des divergences relatives à la nature de la preuve qui incombe au créancier. C'est ainsi qu'en matière de transport de personnes, qui échappe à la loi de 1905, certaines décisions admettent que la responsabilité de la Compagnie est engagée si l'on parvient à prouver à sa

charge une faute quelconque (1), tandis que d'autres décisions exigent la preuve d'un dol ou tout au moins d'une faute lourde (2).

Cette dernière manière de voir équivaut en somme à reconnaître une pleine validité aux clauses d'irresponsabilité, puisqu'elle aboutit à permettre une dérogation conventionnelle aux règles qui fixent la responsabilité du débiteur, en réservant la faute intentionnelle dont celui-ci ne peut jamais se décharger.

La valeur des clauses que nous envisageons a suscité de vives discussions doctrinales. Une première théorie regardait toutes les stipulations d'irresponsabilité comme contraires à la morale et à l'ordre public (3). D'autres auteurs établissent une distinction entre les fautes consistant dans la violation d'une obligation légale et celles consistant dans la violation d'une obligation conventionnelle (4).

C'est la distinction que nous acceptons nous-mêmes. Enfin un troisième système proclame la validité des clauses en question, quelle que soit l'origine, con-

1. Toulouse, 13 février 1908. *Gazette du Palais* du 19 mars. Caen, 5 juin 1907. Tribunal de commerce de Rouen, 27 février 1907. Sirey 1908.2.125.

2. Tribunal commerce Fécamp, 28 novembre 1906, Sirey. 1908.2.125.

3. Pardessus. *Droit commercial*, t. II, n° 542. Laurent, t. 18, n° 40.

4. Thaller. *Annales de droit commercial* 1886, p. 125. Saintelette. *Responsabilité et garantie* ; Sourdat. *Traité général de la responsabilité*, t. I, n° 662 et 676.

ventionnelle ou légale, de la faute (1). Cette solution encourt les critiques que nous avons précédemment formulées. Tous les auteurs sont d'ailleurs d'accord pour exclure l'exonération du dol de la liberté des conventions.

La légitimité des clauses d'irresponsabilité en matière contractuelle se justifie par diverses considérations. Les parties contractantes, qui sont libres de s'engager ou de ne pas s'engager, sont également libres de s'engager dans la mesure où elles le veulent et de la manière dont elles le veulent. La clause d'exonération de la responsabilité n'est que la détermination de la mesure de l'obligation.

D'autre part l'article 1152 autorise formellement la clause pénale ; or il n'y a pas de différence essentielle entre celle-ci et la clause d'irresponsabilité ; l'une et l'autre ont pour objet une faute éventuelle et la clause pénale peut être fixée à un chiffre si faible qu'elle ne se distingue pas pratiquement de l'exonération de la responsabilité. On peut enfin faire valoir l'analogie entre les clauses dont il s'agit et le contrat d'assurance qui a pour résultat de faire supporter à autrui les conséquences de sa faute.

Mais ces considérations ne valent qu'en matière contractuelle. Nous avons vu, notamment, que l'assimilation avec l'assurance est inopérante lorsqu'il

1. De Courcy. *Questions de droit maritime*, t. 2, p. 75 et suiv.
Lyon-Caen, notes au Sirey. 1885.1.129, 1887.2.9.

s'agit d'apprécier la clause d'exonération d'une faute délictuelle.

De la distinction entre les fautes délictuelles et contractuelles au point de vue qui nous occupe, il nous reste à tirer une conséquence intéressante.

Dans le cas où le même acte constitue à la fois la violation d'un contrat et d'une obligation imposée par la loi, que convient-il de décider ? Nous ne croyons pas que la clause d'irresponsabilité soit valable en cette hypothèse. Comme l'a très bien dit M. Thaller, « toute faute qui, provenant d'un tiers non lié par un contrat, donnerait ouverture contre lui à une action en réparation sur la seule base de l'article 1382 du Code civil doit engager la responsabilité du débiteur à l'égard du créancier, malgré la clause de non-responsabilité. Qu'importe le contrat ? Le créancier se prévaut du délit contre lequel toute réserve conventionnelle est impuissante. Nous ne sachions pas que le contrat fasse disparaître la responsabilité contractuelle, il la renforcerait plutôt (1) ».

1. *Annales du droit commercial*, 1886, p. 225.

CHAPITRE III

Lois d'ordre moral

La conservation de la morale publique intéresse gravement l'État. L'ordre moral est un second aspect de l'ordre public. C'est pourquoi le Code civil frappe de nullité les conventions contraires aux bonnes mœurs. Mais la définition des bonnes mœurs varie manifestement avec les temps et les lieux.

Quand une convention est attaquée comme immorale, il appartient au juge de l'apprécier en s'inspirant des règles qui lui sont dictées par la conscience générale du pays au moment même où il est appelé à se prononcer.

C'est la variabilité même de la notion de bonnes mœurs qui explique que le législateur n'ait pu employer, pour en assurer le respect dans les tractations particulières, que des expressions très générales et d'où toute tentative de définition est nécessairement absente.

La contingence essentielle de l'idée de bonnes mœurs nous apparaîtra lorsque nous aurons étudié

les variations jurisprudentielles relatives à deux sortes de conventions qui ont joui de quelque célébrité : nous voulons parler du courtage matrimonial et du contrat de claque dans les théâtres.

Au surplus une observation importante doit être faite en cette délicate matière : ce que le législateur a entendu interdire, c'est la convention qui, par elle-même, par son objet ou par sa cause juridique, porte atteinte à la moralité publique. Mais la loi n'a ni voulu ni pu se préoccuper des motifs et des mobiles qui poussent les parties à contracter.

Si donc, une convention parfaitement licite quant à son objet ou quant à sa cause juridique est inspirée par des motifs immoraux ou même inavouables, elle n'en sera pas moins juridiquement valable et elle ne pourra être sanctionnée que par la conscience morale. Or nous verrons qu'à propos des contrats se rattachant d'une manière plus ou moins directe ou indirecte aux maisons de tolérance, les tribunaux ont parfois commis la confusion que nous venons d'indiquer.

§ 1. — LE COURTAGE MATRIMONIAL

Les conventions ayant une cause contraire à la liberté du mariage sont nulles, comme contraires à l'ordre public. Il en serait ainsi, par exemple, de l'engagement pris par une personne de ne pas épouser une personne déterminée, ou, d'une manière générale, de ne pas contracter mariage.

Mais le courtage matrimonial doit-il être considéré comme contraire à la dignité et à la liberté du mariage ? On appelle ainsi la convention par laquelle un individu, généralement un professionnel, s'engage à procurer à un autre un établissement matrimonial avantageux, moyennant la stipulation comme rémunération d'une quote-part de la dot qui sera apportée par le conjoint.

Il n'est pas douteux que la convention serait valable si la rémunération était promise simplement à titre d'indemnité des démarches faites par le mandataire pour mener à bonne fin la négociation. Mais que décider quand la rémunération est subordonnée au succès du mandat ?

Quelques rappels d'histoire seront utiles ici pour

montrer combien la notion de bonnes mœurs a subi en cette matière de variations successives. Le droit romain considérait le courtage matrimonial comme licite, bien que les courtiers en général ne fussent pas réputés appartenir à la catégorie des honnêtes gens. Le témoignage d'Ulpien nous est à cet égard précieux. *Proxenetica*, disait-il, *jure licito potuntus* (1).

Il ajoutait : « *Facilius jeti apud eos poterit, si quis forte conditionis, vel amicitiae, vel adessuræ, vel cuius alterius hujus modi proxeneta fuit* (2). »

Le même jurisconsulte constatait du reste que les conditions du mariage sont presque toujours débattues par des tiers (3).

On ne saurait invoquer contre la validité du courtage matrimonial en droit romain une constitution de Théodose et Valentinien qui avait refusé toute action aux proxénètes, car cette constitution était uniquement dictée par des motifs de police et ne s'inspirait d'aucune raison tirée des principes du droit (4).

D'ailleurs Justinien apporte une nouvelle sanction à l'institution du courtage matrimonial en leur défendant d'exiger plus du vingtième de la dot et de

1. L. 1. *Dig. de proxenet*, Livre L, titre XIV.

2. L. 3, *ibidem*.

3. L. 18. *Dig. de sponsalibus*, livre XXIII, titre I.

4. M. Wahl. Le courtage matrimonial dans *Revue trimestrielle du droit civil*, 1904, p. 474.

la donation *propter nuptias*, et en tout cas plus de dix livres, et en frappant d'une amende de dix livres ceux qui auront tenté d'obtenir davantage (1).

Notre ancien droit ne suivit pas sur ce point le droit romain. Deux arrêts du Parlement de Paris proclamèrent la nullité des pactes contractés en vue de faire réussir un mariage (2).

Les auteurs rapportaient d'ordinaire purement et simplement cette jurisprudence sans l'apprécier (3). « En France, disait notamment Guyot, on ne peut point faire de convention sur ces sortes d'objets. Les proxénètes qui font réussir des mariages ne peuvent prétendre que ce qu'on veut bien leur donner. »

Cette divergence entre le droit romain et celui de notre ancienne France s'explique en grande partie par la notion de l'indissolubilité du mariage. Le divorce était admis à Rome ; le courtage matrimonial, qui était de nature à faciliter les seconds mariages, devait naturellement être regardé comme licite. Pour

1. Loi 6. *Code des sponsalibus et proxeneticis*, liv. 5, titre I.

2. Arrêt du 29 janvier 1591, rapporté par Mornac, œuvres édition 1721, *Recueil d'arrêts*, 1^{re} partie, article 55 et cité par Rousseau de La-comte, *Recueil de jurisprudence civile* v^o *Proxénète*, 4^e édition 1769, p. 533.

Arrêt du 7 août 1690. Gillet. *Plaidoyers*, édition 1718, tome I, f. Wahl, *loc. cit.*, p. 474.

3. Ferrière. *Dictionnaire de droit et prat.* v^o *Proxénète*, 4^e édition 1758, t. 2, p. 433 ; Guyot dans le *Répertoire de Merlin*, v^o *Proxénète*, t. 25, p. 548.

la raison inverse celui-ci était condamné dans l'ancien droit français qui repoussait le divorce.

En outre, l'ancien droit a été poussé par la méfiance que lui inspiraient tous les courtiers, au point de vue de leur honorabilité (1).

Il est néanmoins intéressant de remarquer que les auteurs de l'ancien droit, bien qu'ils se soient abstenus de toute critique de la jurisprudence prohibitive, n'ont pas hésité à reconnaître les services rendus par les courtiers matrimoniaux.

Denisart déclare « que c'est un défaut dans la police de France qu'il n'y ait point de ces négociateurs et de ces médiateurs établis pour assortir les mariages ». Il semble, ajoute cet auteur, « que ce moyen de nous entr'avertir apporterait une grande commodité au commerce public (2) ».

La même idée se rencontre chez un autre commentateur du *Digeste* : « Il faudrait, dit Authomne, qu'il y eût es-villes certain lieu désigné auquel ceux qui auraient besoin de quelque chose pussent se rendre et faire enregistrer leur affaire à un officier établi

1. Notamment : *Coutume d'Orléans*, article 469 et Delalande. *Coutume d'Orléans commentée*, t. 2, p. 282 ; *Coutume de Berry*, titre 9, articles 31 et 32 ; Boucheul, *Coutumier général du Poitou* sur l'article 404, n° 11 et suiv. ; *Coutume de Nevers*, article 21. Merlin. *Répertoire* v° *Courtier*. Brillou. *Dictionnaire des arrêts*, v° *Courtier*, t. p. 446.

2. V° *Proxénètes*, t. 4, p. 73.

pour cet effet... Il semble que ce moyen de nous en-tr'avertir apporterait une grande commodité au ser-vice public... C'est en France un défaut dans la po-lice de n'avoir pas, comme en d'autres pays des entremetteurs pour le mariage (1) ».

« Il est, disait encore Gillet dans ses *Plaidoyers* (2) d'une nécessité comme indispensable de se servir pour cela (pour un mariage) du ministère d'autrui, et ce qui se pratique aujourd'hui là-dessus s'est pra-tiqué de tout temps.

« C'est qu'il n'est point de vue, de prétention, rien dans la vie, sur quoi un refus soit plus sensible; et pour peu qu'on ait de la délicatesse sur le point d'hon-neur, l'on ne s'expose guère à s'entendre dire à soi-même qu'on n'est pas agréable... Quoi qu'il en soit, la coutume de traiter les mariages par l'entremise d'au-trui est d'un usage fort commun; et un auteur célè-bre a même dit qu'il devrait y avoir dans chaque ville des personnes préposées pour cette fonction ».

La doctrine et la jurisprudence moderne ont long-temps déclaré nul le contrat de courtage matrimo-nial. A vrai dire, les arrêts manifestèrent d'abord une certaine hésitation. Plusieurs jugements (Tribunal de la Seine, 6 janvier 1830, Tribunal de Bourgoin, 10 juil-let 1843, Tribunal du Mans, 28 août 1850, Tribunal

1. Sur le titre de proxénéticis au *Digeste*.

2. Édition 1718, t. 1, p. 114.

de Saint-Girons 2 juin 1851) et des arrêts de la Cour de Toulouse des 23 août 1848 et 24 mars 1853 s'étaient prononcés pour la validité (1). Mais d'autres décisions déclaraient la convention dont il s'agit nulle comme entachée d'une cause illicite (2).

Un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Poitiers qui se ralliait au système de la nullité invita la Cour suprême à prendre parti. Celle-ci déclara le courtage matrimonial nul sous le prétexte qu'il serait fondé sur une cause illicite.

L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1855 (Sirey. 1855.1.337) appuya d'abord sa solution sur l'importance sociale du lien conjugal. « Le mariage étant, dans le système de notre législation, dit-il, un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société dont il est la base essentielle, le consentement des époux qui s'unissent ou des parents qui ont autorité sur eux doit être libre, éclairé et par conséquent affranchi de toute influence étrangère et intéressée à agir sur la détermination des uns et des autres. »

La convention en question contreviendrait, par son

1. Trib. Seine, 6 janvier 1830. *Gaz. des Trib.*, 7 janvier 1830. Trib. de Bourgoïn, 10 juillet 1843, autres jugements et arrêts cités, dans Sirey. 1855.1.342.

2. Paris, 19 août 1836, *Le Droit*, 30 août 1836. Poitiers, 9 mars 1853, Sirey. 1853.2.653. Cet arrêt faisait l'objet du pourvoi sur lequel la Cour de cassation statua le 1^{er} mai 1855.

immoralité, à l'ordre public. « Tout ce qui, ajoute la Cour suprême, serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité et la liberté du consentement au mariage est par cela même contraire au vœu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

L'immoralité consisterait en ce « qu'aux relations destinées à préparer l'indissoluble société dans laquelle chacun des époux apporte, avec ses biens, sa personne même et sa vie tout entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic ; que, pour assurer le succès qui est la condition de la prime stipulée, cet agent pourrait, même sans fraude, peser directement ou indirectement sur le consentement des époux ou de leurs parents, en agissant de façon à dissimuler ou à prévenir, à atténuer ou à combattre les causes même les plus légitimes d'hésitation ou de refus ». M. Wahl (1) a pu avec raison taxer d'inexactitude et de puérilité cette argumentation surannée.

En premier lieu, la liberté du consentement est exigée dans tous les contrats ; on peut même dire qu'elle est nécessaire à un plus fort degré dans la généralité des conventions que dans le mariage, puisque les vices du consentement entraînent moins fa-

1. *Loc. cit.*, p. 475.

cilement la nullité du mariage que celle de tout autre contrat.

D'ailleurs le rôle de courtier matrimonial n'est pas nécessairement d'exercer une influence sur le consentement ; il peut aussi mettre simplement son client en rapport avec une personne de sexe différent qui lui paraît constituer un parti avantageux.

Mais, alors même que l'entremetteur exerce une influence véritable sur le consentement, c'est-à-dire qu'il fait ressortir de l'union qu'il conseille, il ne fait que remplir le rôle ordinaire du courtier qui est de signaler, voire même d'exagérer quelque peu les qualités de la marchandise qu'il vend.

Or la jurisprudence n'a jamais considéré ces indications et même ces exagérations pourvu — qu'elles ne constituent pas des manœuvres frauduleuses — comme des faits viciant le contrat ; elle a, au contraire, reconnu comme très régulières les opérations de courtage.

« L'entrave à la liberté du consentement, dit très bien M. Wahl, ne peut être constituée, en matière de courtage matrimonial, par des faits qui ne sont pas considérés comme ayant ce caractère dans les autres courtages ; le lien matrimonial aurait beau être regardé comme plus sacré que tout autre lien contractuel, il n'en resterait pas moins qu'une immixtion de nature toujours identique ne peut laisser entière et altérer ailleurs la liberté du consentement.

« Au surplus, comment pourrait-on considérer comme immorales chez le courtier les idées de spéculation et de trafic, alors que ces mêmes idées sont regardées comme légitimes chez les parties elle-mêmes ? Sans doute le courtier est passible de dommages-intérêts s'il commet des manœuvres frauduleuses, et ces dommages-intérêts peuvent être fixés à une somme supérieure au salaire.

« Mais il est inadmissible que la simple possibilité de faits de ce genre conduise à repousser en principe, et même dans les hypothèses où ils ne se rencontrent pas, la validité du courtage matrimonial ; il faudrait au moins subordonner la nullité à l'existence des manœuvres dont il s'agit.

« A cette objection la Cour suprême semble avoir cherché à répondre, dans son arrêt de 1855, par la considération suivante : pour rendre illicite une telle convention, il n'est pas nécessaire que le danger de cette influence intéressée se soit réalisé et que le mal se soit produit, il suffit que le danger se montre et que le mal soit possible ; là, en effet, tout est irréparable et l'ordre social est trop intéressé à se prémunir contre de pareilles conséquences pour que l'on doive se contenter de réserver l'exception de dol ou de fraude contre l'action de l'entremetteur coupables de manœuvres déloyales dans l'exécution de son mandat. »

Comme l'a encore justement remarqué M. Wahl,

cette manière de raisonner n'a aucune valeur juridique puisqu'elle implique que le contrat de courtage matrimonial est en fait, souvent, ou du moins quelquefois, empreint de la plus parfaite honnêteté et satisfait alors à toutes les conditions de validité des contrats.

Serait-il, du reste, admissible qu'un contrat fût nul parce que d'autres contrats de même espèce ne sont pas toujours irréprochables ?

La doctrine contenue dans l'arrêt que nous venons de critiquer fut pourtant suivie par les tribunaux (1).

Cette doctrine fut approuvée par les auteurs (2) et elle reçut le renfort de considérations supplémentaires.

Dans les contrats ordinaires, a-t-on dit (3), c'est la chose qui est l'objet direct ; en matière de mariage,

* 1. Paris, 3 février 1859. Sirey. 1859.2.295 ; Paris, 8 février 1862. Sirey. 1862.2.377 ; Nîmes, 22 juin 1868. Sirey. 1868.2.270 ; Paris, 24 août 1868. Sirey. 1868.2.270 en note ; Paris, 11 janvier 1884. Sirey. 1884.2.132 ; Nîmes, 18 mars 1884. Sirey. 1884.2.100 ; Paris, 29 juin 1891, *Gazette du Palais*, 1891.2.523 ; Paris, 27 octobre 1892. Sirey. 1893.2.24 ; Besançon, 6 mars 1895. Sirey. 1895.2.196 ; Paris, 13 novembre 1897, *Le Droit*, 5 janvier 1898 ; Pau, 9 août 1904. Sirey. 1905.2.15 ; Caen, 23 février 1904. Sirey. 1905.2.263.

2. Demolombe. *Contrats et obligations*, t. 1, n° 335 ; Laurent, t. 16, n° 51 ; Larombière. *Obligations*, t. 1 sur l'article 1133, n° 11 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 323-345, texte et note 14 ; Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 542.

3. Sirey. 1853.2.656.

c'est la personne ; aussi ne peut-on se marier par mandataire. Le tiers a donc spéculé sur une chose ou à l'occasion d'une chose hors de commerce. Mais ce raisonnement reposait sur une confusion manifeste de l'objet du mariage et de l'objet du courtage.

Le courtier contracte une simple obligation de faire qui consiste à mettre son client en rapport avec une tierce personne et à lui donner des renseignements sur cette dernière ; le courtier ne contracte pas le mariage, il met les parties en mesure de la contracter. L'interdiction du mariage par mandataire signifie qu'on ne peut se faire remplacer par un tiers dans la célébration du mariage ; son but est de permettre à l'officier de l'état civil de constater la liberté du consentement des époux ; or, il est bien évident que le courtier ne représente pas son client dans la célébration du mariage.

En réalité, les arguments précédents écartés, il reste que le contrat dont nous nous occupons, reposant sur une cause licite, est valable.

Il faut aller plus loin et reconnaître que d'autres raisons militent directement en faveur de sa validité(1). L'extension de conventions de cette sorte rentre dans l'esprit du Code civil qui est de favoriser le mariage ; pour rendre celui-ci facile, il convient d'au-

1. Ces raisons ont été fort bien indiquées dans l'article de M. Wahl auquel nous nous référons ici.

toriser les contrats qui, sans fraude ni violence, ont pour but de le provoquer.

Le courtier évite aux époux et à leurs familles des pourparlers qui peuvent être pénibles, sur les conditions pécuniaires du mariage. Nous avons vu que le droit romain et les auteurs de l'ancien droit lui-même reconnaissaient les services rendus par les courtiers matrimoniaux.

Le mariage n'a jamais été basé exclusivement sur l'affection ; il s'y mêle des questions d'intérêt et celles-ci ne jouaient pas moins sous l'ancien régime qu'à l'époque moderne et contemporaine.

« Ce qui a progressé, dit M. Wahl (1), c'est la franchise humaine ; l'hypocrisie avec laquelle on dissimulait autrefois une partie des éléments déterminant le consentement des époux et de leur famille a disparu.

« Tout le monde convient aujourd'hui que le mariage n'est pas et ne peut pas être basé exclusivement sur un attrait réciproque et, dès lors, il n'y a rien de choquant à ce que les services rendus par un intermédiaire dans la conclusion d'un contrat où les époux cherchent ouvertement la satisfaction de leurs intérêts pécuniaires et matériels reçoivent, eux aussi, une rétribution pécuniaire. »

L'évolution des mœurs conduit donc à reconnaître

1. *Loc cit.*, p. 486.

la validité du courtage matrimonial. Sans doute ce contrat est annulable, comme tous les autres, si le consentement de l'une des parties est entaché d'un vice ; sans doute la responsabilité du courtier se trouve engagée s'il a commis des fraudes, ou même, s'il a dissimulé intentionnellement des tares morales. Grâce à l'application des principes généraux, la morale et le droit sont ainsi parfaitement respectés.

C'est l'évolution des mœurs en ce domaine qui a entraîné l'évolution législative et jurisprudentielle.

La législation roumaine interdisait autrefois le courtage matrimonial. Mais nous voyons la jurisprudence de la Roumanie en reconnaître aujourd'hui la légitimité. Un arrêt de la Cour de cassation, du 19 janvier 1899, a décidé que la profession de courtier matrimonial n'étant pas illicite, le courtier matrimonial qui a été chargé, en cette qualité, de négocier un mariage, a droit à une rémunération d'honoraires, à moins que la convention des parties n'ait stipulé la gratuité ; qu'au contraire, lorsque la convention fixe la rémunération, le courtier peut réclamer la somme convenue, sauf au juge à la réduire (1).

Les jurisprudences italienne et belge, qui avaient admis autrefois la nullité de nos conventions, se prononcent actuellement pour leur validité (2).

1. Cassation roumaine 19 janvier 1899. Sirey. 1901.4.37 et la note.

2. Voir les décisions de ces jurisprudences dans les notes 5 et 6, à la page 472 de l'article précité de M. Wahl. L'article 879 du code

Il importe d'insister particulièrement sur les transformations de la jurisprudence française. La vieille doctrine de la nullité commença d'être battue en brèche par un jugement du tribunal de Lisieux du 20 janvier 1903 (Sirey. 1903.2.182).

L'idée nouvelle se fait jour de plus en plus dans les décisions judiciaires. Le 15 juin 1906, le tribunal de Toulouse déclare valable *en principe* l'obligation contractée envers le directeur d'une agence matrimoniale ; il importe peu que le jugement ait permis au mari de refuser le paiement par ce motif que le rôle du courtier avait été sans utilité et qu'il avait même trompé la confiance de son client ; le principe est ici seul à retenir (*Pandectes françaises*, 1886. 2.342).

Le 24 février 1909, le tribunal de Bordeaux ne valida, il est vrai, un contrat de ce genre qu'à concurrence du remboursement des frais et dépenses (*Gazette du Palais*, 25 mai 1909). Mais le tribunal de Nice, par un jugement du 22 décembre 1909 et la Cour d'Agen, par un arrêt du 13 décembre de la même année, admirent pleinement la validité du courtage matrimonial (1).

autrichien déclare nulles les conventions par lesquelles on a stipulé un prix pour la négociation d'un mariage. L'article 656 du Code civil allemand paraît de même nier la légitimité de semblables conventions.

1. Trib. Nice, 22 décembre 1909, *Gazette des Tribunaux*, 1910.2.187 ; Agen, 13 décembre 1909, *Gazette du Palais*, 1909.2.663.

En novembre 1902, la Chambre des Requêtes admit un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Toulouse qui prononçait la nullité (1).

Les conclusions de M. l'avocat général Feuilleux méritent d'être soulignées. « Tout dans nos lois, dit-il, est fait pour favoriser le mariage. L'état de mariage est l'état par excellence au triple point de vue religieux, moral, social et économique. Comment donc le fait de faciliter le mariage, de mettre en rapport deux familles, de procurer une compagne à l'homme qui veut fonder une famille, un protecteur et un soutien à la femme qui veut s'asseoir à un foyer avec la dignité d'épouse et de mère peut-il être déclaré *a priori, ipso facto*, un acte contraire aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public ? Mais c'est tout le contraire !

« *A priori* et en principe c'est un acte méritoire et qui ne saurait être envisagé avec trop de faveur. Est-ce que ce fait méritoire, souhaitable, va nécessairement changer de nature parce que l'intermédiaire n'aura pas été désintéressé ? Mais non ! On peut, en étant intermédiaire désintéressé du mariage, accomplir un acte détestable. On peut, en étant intermédiaire intéressé, accomplir un acte excellent. »

La question fut ainsi soumise de nouveau à la Chambre civile qui ne s'était pas prononcée depuis 1855. La Cour de cassation rejeta, en définitive, le

1. *Gazette du Palais*, 14 novembre 1902.

pourvoi en se basant sur la constatation souveraine des juges du fond d'après laquelle il n'y aurait eu dans l'espèce aucun débours sérieux, aucun service pouvant justifier un salaire. Mais les termes mêmes de l'arrêt semblent indiquer que la Cour suprême n'adhère plus à l'ancienne théorie de la nullité basée sur une prétendue cause illicite (1). L'arrêt de la Chambre civile du 20 avril 1904 était, en effet, rédigé de la manière suivante : « Attendu qu'il résulte des qualités de l'arrêt attaqué que le sieur Massif, directeur d'une agence matrimoniale à Castres, prétendant avoir, pendant une durée de dix années, fait, à la demande du sieur Brugère, de nombreuses démarches dans le but de le marier, a, sur le refus de celui-ci de le rémunérer de ses soins, introduit contre lui une action en paiement de 2.000 francs ; attendu qu'il est constaté souverainement en fait par la Cour d'appel que Massif ne justifie d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant justifier le salaire qu'il réclame ; attendu que ces motifs suffisent pour donner une base légale à la décision qui a rejeté la demande. »

Il est clair que si le juge du fait déclarait souverainement que l'entremetteur ne justifiait ni des frais, ni d'un service sérieux, l'obligation par lui invoquée manquait de cause. Il n'y avait, dès lors, pas lieu de rechercher si la cause était ou non illicite.

1. Dalloz, 1904.1.420.

L'évolution de la jurisprudence est suivie par la doctrine.

Les auteurs, de leur côté, manifestent aujourd'hui une tendance marquée en faveur de la légitimité du courtage matrimonial. A l'article magistral publié par M. Wahl dans la *Revue trimestrielle de droit civil de 1904* il y a lieu d'ajouter les judicieuses observations que M. Planiol a émises dans une note du Dalloz.

« Le rôle des intermédiaires est tout aussi nécessaire pour le mariage que pour les opérations commerciales, et en fait il est tout aussi grand ; seulement, la plupart du temps, ces intermédiaires agissent par pure obligeance ou par un sentiment d'affection. Pourquoi exclure toujours, pour des motifs préconçus, et sans examen des faits, la possibilité d'une rémunération ? Les personnes qui ne trouvent pas à se marier par leurs relations particulières ont recours à des agences qui se font payer, en cas de réussite, en stipulant un tant pour cent sur la dot.

On leur rend un service et ce service est rémunéré en proportion de son importance. Rien n'est plus naturel. Réduire les agences matrimoniales au droit de se faire indemniser de leurs déboursés, c'est vouloir une chose injuste et impossible (1)...

« Il serait aussi vain que puéril de taire la vraie

1. Planiol, note au Dalloz. 1903.2.81 sous l'arrêt de la Cour de Pau du 9 août 1904.

raison qui pousse la jurisprudence française à se montrer aussi sévère pour les agences matrimoniales. C'est que la plupart du temps leurs opérations lui paraissent suspectes ; les mariages préparés par elles sont entourés de surprises et de fraudes : c'est le dol organisé.

« Mais, en repoussant systématiquement leurs demandes, quand elles sont portées devant les tribunaux, on risque d'aggraver le mal : sûres de perdre leur procès, elles s'arrangeront pour n'avoir point besoin d'en faire ; elles se feront donner des provisions, elles hausseront leurs prix ; elles n'en seront que plus âpres au gain, plus dangereuses et on ne s'adressera pas moins souvent à elles.

« Il serait bien préférable de leur ouvrir l'accès des prétoires en les engageant à conduire leurs affaires avec plus de loyauté. En déclarant leurs opérations licites, sous la seule condition d'agir sans dol et sans fraude, on ne tarderait pas à y faire pénétrer le grand jour et à les assainir dans la mesure du possible ; et on procurerait au public plus de sécurité réelle.

« Il n'existe aucune raison théorique pour prohiber ces conventions d'une façon absolue ; tous les services non matériels : soins donnés à la santé, éducation d'un enfant, satisfactions de l'amour-propre ou d'un goût artistique peuvent comporter une rémunération en argent.

« L'important est que les services ainsi payés ne

constituent pas des actes frauduleux, immoraux ou dangereux, par la nature propre des moyens mis en œuvre. La fonction des agents matrimoniaux n'occupe peut-être pas un rang très élevé dans l'échelle qui donne la valeur morale des professions, mais elle peut être utile et elle peut être remplie honnêtement. »

Si le courtage matrimonial est désormais considéré comme licite, il n'en est pas moins vrai que la morale exige qu'il soit entouré de certaines garanties.

Nous avons déjà dit que le courtier est responsable de la fraude qu'il a pu commettre ou de la dissimulation intentionnelle des tares morales.

Le client auquel préjudice a été porté peut réclamer des dommages-intérêts. Mais la personne avec laquelle le client a contracté mariage, grâce au concours du courtier, peut-elle avoir contre ce dernier une action quelconque ? Il faut distinguer (1).

Si cette personne est un véritable contractant, c'est-à-dire, si elle a, de son côté, également confié au courtier la mission de lui procurer un conjoint, les deux époux sont l'un et l'autre des clients du courtier ; tous les deux peuvent demander des dommages-intérêts dans les mêmes conditions ; tous les deux peuvent aussi demander la nullité du contrat, sous cette réserve qu'il ne peut s'agir d'une demande en

1. Wahl, *loc. cit.*, p. 490.

annulation que de la part du client qui a promis au courtier un salaire ; si, comme il arrive d'ordinaire, c'est le mari seul qui s'est engagé à verser au courtier une portion de la dot de sa femme, celle-ci n'a aucun intérêt à demander la nullité du contrat. Mais la situation est différente lorsque la tierce personne n'a pas été un contractant et n'a chargé le courtier d'aucune démarche ; elle ne saurait alors réclamer la nullité d'un contrat auquel elle n'a pas été partie.

Elle ne saurait pas davantage demander des dommages-intérêts au courtier si elle a connu le caractère intéressé de la mission de celui-ci et n'a éprouvé, d'autre part, aucun préjudice. Il ne faudrait pas dire, d'ailleurs, que le seul fait qu'elle a ignoré ce caractère onéreux lui ouvre une action en dommages-intérêts ; cette dissimulation n'a pas causé de préjudice au tiers et elle ne peut être imputée à faute au courtier, puisque rien n'oblige un mandataire ou un agent d'affaires à révéler aux tiers les stipulations de son contrat.

Il n'y aurait préjudice, et par suite action en indemnité possible, que si le courtier, dévoilant ou dissimulant le caractère intéressé de sa mission, avait trompé la tierce personne sur la fortune, la situation ou l'état physique de son client.

Enfin les courtiers matrimoniaux sont des agents d'affaires. Or, la jurisprudence, regardant ces derniers comme des mandataires, leur applique la théo-

rie, du reste discutable, qui permet aux tribunaux de réduire les salaires à la valeur du service rendu. Ainsi est-il possible d'éviter le scandale qui peut s'attacher parfois à la spéculation du courtier, et, par conséquent, l'affirmation de la validité du courtage matrimonial ne présentera plus rien de subversif.

§ 2. — LE CONTRAT DE CLaque

On appelle contrat de claque la convention conclue entre un directeur de théâtre et un individu qui s'engage, moyennant salaire, à assurer le succès des représentations par des applaudissements.

Pendant longtemps la jurisprudence a condamné cette convention et lui a refusé tout effet (1) ; mais un arrêt de la Cour de Paris du 5 avril 1900 l'a déclarée valable (2).

Les arguments de la solution adoptée jusqu'en 1900 ont été développés dans la décision infirmée par ce dernier arrêt. Rappelons dans quelles circonstances le jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 27 juin 1896, fut rendu. Il s'agissait, dans

1. Paris, 3 juin 1839. Dalloz, *Répertoire*, v° *Contrats et convention*, n° 638. 23 juillet 1853 et 8 août 1853. Dalloz. 53.5.450. La Cour de Lyon le 25 mars 1873 (Dalloz. 73.2.68) a même décidé que la suppression de l'emploi de chef de claque accomplie au mépris de la convention dont il s'agit ne saurait donner lieu à un recours en dommages-intérêts contre le directeur de théâtre. Cf. aussi Rêq., 17 mar 1841. Dalloz. *Répertoire Verb. Cit.*, n° 648.

2. Dalloz. 1903.2.279. Cf. Paniol, *Droit civil*, t. 2, n° 109.

l'espèce, d'un contrat de claque assez ingénieusement dissimulé.

En vertu du contrat litigieux Bergère avait loué à forfait pour mille représentations, moyennant une somme de 50.000 francs, un certain nombre de places au Théâtre des Menus-Plaisirs dirigé par de Lagoanère.

Le contrat, après l'énumération des places mises à la disposition de Bergère, portait la mention « trente cinq places de fauteuils de troisième galerie, affectées au service (hommes et femmes) ».

Bergère plaidait que le dit contrat, basé sur la revente à bénéfice des billets en question, munis d'une griffe et donnant accès à la salle des spectacles, constituait ce qu'on appelle en termes de théâtre un simple contrat de griffe ; que le seul but de cette convention était d'assurer à de Lagoanère tant à la fois le placement ferme d'un certain nombre de billets et la disposition d'un certain fonds de roulement, en échange de l'abandon du bénéfice que pouvait produire la revente des billets cédés forfaitairement ; que les 50.000 francs qu'il avait à payer pour ces mille représentations, faisant ressortir sa redevance à 50 francs pour chacune d'elles, de Lagoanère, qui avait abandonné l'exploitation du théâtre alors qu'il lui devait encore les billets auxquels il avait droit pour 536 représentations, serait resté débiteur envers lui d'une somme de 26.800 francs. La demande de

Bergère tendait à la condamnation de Lagoanère à cette somme.

Le tribunal constata que la convention en question n'était pas simplement un contrat de griffe, mais aussi un contrat de claque ; « Attendu, dit-il, qu'il résulte des investigations que le service en question était un service de claqueurs ; que c'était là la véritable signification du mot service en l'espèce ; que ce fait se trouve d'ailleurs corroboré et par les renseignements recueillis et par le propre aveu de Bergère au cours du délibéré. »

Le jugement reconnut donc que le contrat avait pour objet « l'organisation d'un service de claque destiné à assurer par des applaudissements ou d'autres démonstrations le succès des pièces représentées par de Lagoanère. »

Cela étant, le tribunal déclare une semblable convention nulle en se basant sur l'argumentation traditionnelle « attendu qu'un tel contrat dont les parties entendaient profiter toutes deux en s'engageant à enrôler en sous-ordre ou à se procurer, par l'appât de billets vendus hors des conditions ordinaires, des agents prêts à se livrer pour de l'argent à des manifestations et manœuvres de commande, est essentiellement basé sur le mensonge et la corruption ; que des manifestations achetées d'avance par des entrepreneurs de succès entravent ou détruisent la liberté d'examen du public payant ; qu'elles peuvent trou-

bler la sécurité des théâtres et sont, par suite, aussi contraires à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs ; que le contrat dont s'agit est donc nul comme illicite et ne saurait servir de fondement à aucune action en répétition des sommes payées par Bergère en exécution de son engagement, celui-ci ne pouvant être admis à exciter de sa propre turpitude en justice... (1) ».

Cette décision dont appel fut interjeté fut infirmée par la Cour de Paris dans l'arrêt du 4 avril 1900. Celui-ci, constituant un revirement complet par rapport à la jurisprudence antérieure, mérite d'être entièrement rapporté (2).

« Considérant que c'est à tort que les premiers juges ont déclaré que « le service de claqueurs est essentiellement basé sur le mensonge et la corruption, etc. » ; qu'en effet, sans s'arrêter à cette considération qu'il n'est pas dénié que Bergère a versé une somme importante à de Lagoanère pour avoir un certain nombre de places à mille représentations, que celui-ci n'ayant pu fournir les places promises que pour 224 représentations, entend garder tout ce qu'il a reçu sur le prix de 776 représentations pour lesquelles il reconnaît ne pas avoir rem-

1. C'est une application de la maxime « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » dont nous aurons à nous occuper ultérieurement lorsque nous étudierons la sanction des lois d'ordre public.

2. Dalloz, 1903.2.280.

pli ses obligations, il y a lieu d'apprécier le contrat lui-même ;

« Considérant que les contrats librement consentis font la loi des parties et doivent être exécutés ; qu'il n'est pas dénié que c'est librement et par la volonté expresse et formelle des deux parties en cause que la convention a été conclue ;

« Considérant qu'aux termes de l'article 1131 du Code civil l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, et que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ou quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (art. 1133) ;

« Considérant qu'aucune loi ne prohibe un contrat comme celui qui fait l'objet du litige, et qu'une convention, comme celle dont il s'agit, ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ;

« Considérant, en effet, en ce qui touche l'ordre public, qu'il est constant que la claque existe dans presque tous les théâtres, et que l'Administration, et à Paris, le préfet de police, ayant la mission de maintenir l'ordre public, ne se sont pas opposés à l'organisation de ce service spécial qui fonctionne sous la surveillance des agents de l'autorité, qui aurait le droit incontestable de le supprimer s'il constituait un danger pour l'ordre public ;

« Considérant que la claque ne peut être considérée

comme contraire aux bonnes mœurs et portant atteinte à la liberté d'examen du public payant ; qu'en effet, il résulte des documents versés au débat que les applaudissements qui se produisent à certains moments déterminés à l'avance, le plus souvent dans le but de faire ressortir un passage de l'œuvre sur lequel l'attention du public est plus spécialement appelée, ne portent aucune atteinte à la libre appréciation des spectateurs ; que, sur ce point, il est utile de retenir cette observation que la Société des compositeurs et auteurs dramatiques, qui perçoit une redevance sur toutes les places dans les théâtres, renonce à tout prélèvement sur les places affectées au service de la claque, sur lesquelles les droits d'auteur ne sont point réclamés ; qu'il y a là une preuve que la claque est jugée utile par ceux-là qui sont, plus que tous autres, à même d'apprécier son action ; qu'en outre, il est reconnu que, pour les interprètes des œuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion et les difficultés inhérentes à la représentation, devant le public, d'ouvrages nécessitant l'emploi de toutes leurs forces et de tout leur talent, pour lesquels ils doivent être en pleine possession de tous leurs moyens ; qu'en outre, les applaudissements, se produisant à certains moments, donnent aux acteurs quelques instants d'un repos indispensable, au moment où cet arrêt dans l'exécution ne peut produire aucun mauvais effet et ne

peut nuire à l'appréciation du public ; qu'à tous points de vue donc le contrat dont s'agit ne peut être considéré comme sans cause ou sur fausse cause ou sur cause illicite ; qu'il doit donc produire tous ses effets. »

La Cour, en conséquence, considérant que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, et que de Lagoanère n'a pas exécuté, en l'espèce, la totalité de la convention dont il s'agit, condamne celui-ci à payer à Bergère la somme de 26.800 francs avec les intérêts de droit du jour de la demande.

Que concluons-nous dans cette matière du contrat de claque ? C'est que, peut-être, les deux jurisprudences, l'ancienne et la nouvelle, ont également raison, parce qu'elles se sont formées à des époques différentes. Il est possible qu'autrefois la claque ait eu une influence excessive sur le succès d'une pièce de théâtre. Ce qui est certain et ce qu'a très bien montré l'arrêt précédemment rapporté, c'est qu'il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Il n'était pas inutile d'illustrer par ce nouvel exemple le caractère variable de la notion des bonnes mœurs.

§ 3. — CONVENTIONS RELATIVES AUX MAISONS DE TOLÉRANCE

Le fait d'ouvrir une maison de débauche est en lui-même contraire aux bonnes mœurs. L'autorisation administrative n'en fait pas disparaître le caractère immoral et elle intervient moins pour légitimer l'existence des maisons de tolérance que pour en assurer la surveillance (1). Partant de ce principe, la jurisprudence a déclaré nulles toutes les conventions relatives à ces maisons. Celles-ci ne peuvent pas faire l'objet d'une vente valable dont l'exécution soit susceptible d'être poursuivie en justice (2). Est nulle l'obligation contractée par l'emprunteur d'une somme d'argent dans le cas où l'emprunt a eu pour cause, dans la commune intention des parties, l'acquisition

1. Requêtes, 8 juillet 1884. Dalloz. 1885.1.231.

2. Paris, 30 novembre 1839. *Répertoire de Dalloz*, v° *Contrats et obligations*, n° 647. Tribunal civil de la Seine, 5 février 1867. Dalloz. 67.3.61. Cass. civile, 15 décembre 1873. Dalloz. 1874.1.222 et Sirey. 1874.2.141, avec la note de M. Dubois. Caen, 29 juillet 1874. Dalloz. 75.2.127. Paris, 14 décembre 1889. Dalloz. 90.2.189. D'après cet arrêt la vente d'une licence de tolérance est nulle.

d'une maison de tolérance (1). Des billets ayant pour cause l'acquisition d'une telle maison à laquelle chacune des parties contractantes a pris part sont nuls et privés de sanction en justice (2). La même nullité frappe la vente indirecte d'un établissement de ce genre, laquelle peut résulter, notamment, de l'évaluation dans un contrat de mariage. La Cour de Grenoble a jugé en ce sens que, sous le régime de la communauté d'acquêts, l'estimation d'un fonds de commerce apporté par la femme et consistant dans une maison de tolérance, ne peut être réputé en valoir vente au mari (3).

Le bail relatif à une maison de cette sorte est également nul (4). Si l'immeuble a été loué dans le but d'y établir cette maison, le propriétaire peut en reprendre possession sans attendre l'expiration du bail (5).

D'une manière générale, d'ailleurs, les arrêts considèrent comme nulles toutes conventions nées à l'occasion des rapports ayant existé entre personnes se livrant à la prostitution (6). C'est ainsi que la demande formée par une fille publique contre le tenan-

1. Cass. Req., 1^{er} avril 1895. Sirey, 1896.1.289, et la note de M. Appert.

2. Cass. Req., 17 juillet 1905. Dalloz, 1906.1.72.

3. Grenoble, 5 novembre 1895. Dalloz, 189.2.253.

4. Bourges, 13 juin 1889. Dalloz, 1809.5.329.

5. Alger, 14 novembre 1893. Dalloz, 94.2.528.

6. Limoges, 30 avril 1888. Dalloz, 89.2.38.

cier de la maison dont elle était pensionnaire en restitution d'effets et d'objets mobiliers a été déclarée irrecevable (1). C'est encore ainsi que le prix des débauches et consommations faites dans une maison de tolérance a été jugé insusceptible d'une demande en justice, même par voie de compensation (2). Pour le même motif les créances ayant pour cause des services de domesticité rendus dans une maison de tolérance ont été éliminées d'un ordre ouvert entre créanciers (3).

On peut non seulement affirmer que ces décisions sont empreintes parfois d'une rigueur excessive, mais encore en contester le bien-fondé au point de vue juridique. Elles proviennent en général d'une confusion entre la cause et le motif.

Et c'est ce que M. Appert nous semble avoir bien mis en lumière dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1894 qui a déclaré nul un prêt, alors que l'emprunt était destiné, dans la commune intention des parties, à l'achat d'une maison de tolérance (4).

Les anciens auteurs distinguaient nettement la cause et le motif (5).

1. Limoges, précité.

2. Trib. paix. Poitiers, 23 janvier 1860. Dalloz, 60.3.40.

3. Cass. Req., 11 novembre 1890. Dalloz, 1891.1.484.

4. Note au Sirey. 1896.1.289 et suiv.

5. Donnat. *Lois civiles*, livre I, titre I, article 1, n° 4-6 ; Pothier. *Traité des obligations*, t. II, p. 24.

Or rien, ni dans les travaux préparatoires du Code civil, ni dans les textes, ne laisse croire que cette distinction ait été abandonnée.

La loi ne parle pas des motifs parce qu'elle ne les prend pas en considération. On a, il est vrai, beaucoup critiqué la théorie de la cause et on a cherché à l'identifier en certains cas avec l'objet même du contrat (1).

Nous n'avons pas à entrer ici dans cette discussion qui n'a pas de rapport avec notre sujet. Si nous regardons la cause comme identique à l'objet, nous dirons alors qu'il faut se garder de confondre l'objet d'un contrat avec les motifs qui ont inspiré les contractants. Dans un contrat de prêt, par exemple, l'objet ou la cause, c'est la numération des espèces. L'emploi que fera l'emprunteur de ces espèces est tout autre chose.

Si l'on devait annuler une obligation pour immoralité des motifs, il faudrait annuler également l'obligation contractée sur faux motifs, c'est-à-dire pour erreur de motifs. Tel serait, par exemple, le cas où, sur faux avis de la mort de mes chevaux, j'en aurais acheté d'autres; tel serait encore le cas où j'aurais loué une maison parce que je croyais à tort devoir être nommé fonctionnaire dans la ville où elle se trouve. Dans ces deux cas l'obligation devrait être déclarée nulle.

1. Planiol. *Droit civil*, t. II ; La cause.

« Pourquoi, dit M. Appert, de cette chose contingente, variable et presque toujours secrète que sont les motifs, le législateur eût-il fait un élément essentiel de l'obligation ? Ce qu'on doit tenir pour essentiel, ce sont les éléments sans lesquels l'obligation ne se conçoit pas... »

« Est-il admissible, ajoute le même auteur, que le prêteur s'enquiert de la façon dont l'emprunteur compte utiliser l'argent prêté ? »

En définitive, il faut, en toute cette délicate matière, distinguer soigneusement d'une part ce qui constitue l'objet ou la cause juridique de la convention, d'autre part ce qui n'est que motif et but pratique dernier des contractants. La loi n'entre pas dans la conscience morale des particuliers ; elle ne peut que frapper les actes ostensibles qui, par leur cause ou leur objet, contrarient les bonnes mœurs. Sans descendre dans les détails, on peut dire que la jurisprudence a souvent oublié, dans le domaine que nous venons d'indiquer, la distinction de la morale et du droit.

CHAPITRE IV

Lois de protection

C'est en vertu d'une conception d'ordre public, nous l'avons dit, que le législateur cherche, par diverses dispositions, à assurer la protection de certaines catégories de personnes. La protection des faibles est considérée comme un devoir du pouvoir social. Il importe d'ailleurs à l'intérêt de la collectivité, à son équilibre et à sa tranquillité, qu'il n'y ait pas certaines classes d'individus poussées au désordre par le malheur et le mécontentement.

Les personnes qui bénéficient de dispositions protectrices de la loi sont nombreuses. On peut les répartir en quatre groupes que nous allons passer successivement en revue : *les incapables, les débiteurs, les salariés, les tiers étrangers à un acte juridique qui a été passé*. Nous aurons du reste plusieurs fois à constater encore, dans ce domaine, le caractère variable de la notion d'ordre public.

Une première catégorie est celle des incapables.

Certaines personnes sont incapables d'exercer leurs droits, soit naturellement, soit légalement. L'incapacité naturelle résulte de l'impossibilité de vouloir : elle existe chez les enfants en bas âge et chez ceux dont l'intelligence est altérée d'une manière permanente ou passagère.

Ces individus sont protégés par le principe suivant lequel il n'y a pas, à défaut de consentement, de contrat valable. Les incapables naturels ne s'obligent même pas par leurs délits ; car le délit n'engage la responsabilité que s'il a été l'œuvre d'une volonté libre ; seulement les actes de ces êtres peuvent engager la responsabilité de ceux qui en ont la garde et la surveillance (art. 1384).

Quant aux personnes atteintes d'une incapacité légale, elles ne peuvent accomplir seules les actes qui rentrent dans le cercle de leur incapacité, mais elles sont responsables des délits qu'elles commettent, car il serait injuste que le législateur les garantisse contre leur mauvaise foi ou leur négligence (art. 1310).

Le législateur emploie deux modes de protection des incapables ; tantôt il les fait représenter dans les actes qu'ils ne peuvent accomplir personnellement, tantôt il les fait simplement assister, c'est-à-dire qu'il fait compléter leur volonté par celle d'un tiers.

Les mesures de protection prises par le législateur en faveur des incapables touchent certainement à l'ordre public. Une clause par laquelle un incapable re-

noncerait d'avance, en passant un acte, à se prévaloir de son incapacité serait nulle comme contraire à l'ordre public.

M. Pillet (1) a cru devoir distinguer, au point de vue qui nous intéresse, entre le principe même de la protection et les dispositions positives tendant à organiser cette protection. Le principe est assurément d'ordre public, dit-il.

Il est, en effet, indispensable que, dans une société civilisée, les personnes que l'âge ou les infirmités mettent dans une situation d'infériorité soient défendues contre les tiers de mauvaise foi et contre leur propre inexpérience à administrer leur patrimoine.

Mais, ajoute l'éminent auteur, c'est le principe seul qui est d'ordre public ; quant à l'organisation de cette protection, aux règles positives établies par la loi, elles sont avant tout des mesures de protection d'intérêts privés et elles ne touchent pas, par suite, à l'ordre public.

Cette distinction peut avoir un grand intérêt au point de vue de la solution du conflit des lois relatives à la protection des incapables.

Mais elle ne nous paraît pas avoir aucun rôle à jouer en droit interne. Les mesures positives de protection des incapables appartiennent à l'ordre public ; lorsqu'il s'agit de la force obligatoire d'une loi, on

1. *De l'ordre public en droit international privé*, p. 34.

ne peut séparer un principe de son application ; c'est la disposition légale elle-même qui est d'ordre public.

Au surplus, nous avons déjà dit que la protection d'intérêts privés peut parfaitement être regardée, à la lumière de la morale et de l'idée de solidarité, comme faisant partie de l'ordre public.

Il n'est pas douteux, par exemple, que les règles relatives à l'administration légale du père de famille (loi du 6 avril 1910), à l'aliénation de valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits (loi du 27 février 1880), à l'organisation de la tutelle et de la curatelle sont d'ordre public.

L'incapacité de la femme mariée est également d'ordre public, mais elle se rattache bien moins à une idée surannée de protection qu'à celle de l'opportunité d'une direction unique dans les affaires du ménage. Ce qui correspond bien plutôt au souci de protéger les femmes, c'est la loi du 13 juillet 1907 qui a conféré à la femme, exerçant une profession distincte de celle de son mari, le droit d'aliéner à titre onéreux, sans autorisation, les biens acquis par son travail.

Un second groupe de dispositions légales ont pour objet *la protection des débiteurs*. Dans toute société les relations entre débiteurs et créanciers, et, spécialement, entre prêteurs et emprunteurs, ont été dans une étroite corrélation avec l'organisation politique et sociale du pays. Dans un état à forme aristocrati-

que, comme la Rome des premiers siècles, l'obligation apparaît comme un élément de prépondérance sociale ; le prêteur acquiert, par le prêt qu'il consent, un pouvoir de domination sur son emprunteur.

L'État, mettant alors sa force au service des classes dirigeantes ou possédantes, se préoccupe uniquement d'assurer le respect des droits des créanciers. Au contraire, chez les peuples démocratiques, prêteurs et emprunteurs, participant au même titre à l'exercice de la puissance publique, seront traités avec égalité.

Mais cette expression doit être éclaircie. C'est précisément pour maintenir l'égalité entre créanciers et débiteurs que le législateur sera appelé à édicter des mesures de protection soit en faveur des uns, soit en faveur des autres. En cette matière les forts d'aujourd'hui peuvent être les faibles de demain ; les circonstances économiques peuvent intervertir les rôles.

Aussi la notion d'ordre public basée sur la protection apparaît-elle comme variable. Les lois d'ordre public, en ce domaine, ne protègent plus actuellement les mêmes personnes qu'il y a un siècle.

C'est ainsi que le Code civil, élaboré à une époque où les capitaux étaient rares, fut inspiré par cette pensée que tout emprunteur était contraint d'accepter les conditions de son prêteur, qu'il n'était pour ainsi dire pas libre de son consentement et qu'il y avait lieu, par suite, de protéger le débiteur contre son

créancier en raison de l'impossibilité où il se trouvait de se protéger lui-même. C'est ainsi que se justifie la prohibitive de l'anatocisme et la limitation du taux de l'intérêt.

Mais l'évolution économique changea sur ce terrain la situation qui avait régné lors de la rédaction du Code civil. L'abondance des capitaux et la diffusion des sociétés financières modifièrent profondément l'ancien état de choses et il arriva même que ce ne furent plus les mêmes individus qui eurent besoin de la protection légale.

Nous voudrions mettre rapidement en lumière les considérations précédentes.

Le but essentiel de la législation sur la limitation du taux de l'intérêt, c'est d'introduire autant que possible l'égalité dans les rapports entre créancier et débiteur.

L'individu qui se prive de ses capitaux pour les mettre à la disposition d'autrui rend un service pour lequel la rémunération d'un intérêt est assurément légitime, tout au moins dans une législation qui se rattache aux idées individualistes.

Mais si intéressante que soit la situation du créancier qui se dépouille pour un temps plus ou moins long de ses capitaux, il n'est pas admissible que le taux de l'intérêt, c'est-à-dire le rapport entre le capital prêté et la rémunération payée par l'emprunteur dépasse certaines limites. Si l'intérêt revêt un carac-

tère abusif, il aboutit à une extorsion scandaleuse imposée au débiteur.

Il appartient donc au législateur d'intervenir dans la convention qui se forme entre le prêteur et l'emprunteur afin d'éviter que le taux immodéré de l'intérêt corresponde à une exploitation de l'individu.

C'est ainsi que s'explique la disposition de la loi du 3 septembre 1807 qui a limité, malgré toute clause contraire, à 5 % ceux d'un prêt en matière commerciale. Le taux de l'intérêt est devenu libre en matière commerciale (loi du 12 janvier 1886) et la loi du 7 avril 1900 a limité à 4 % la rémunération du créancier dans les prêts civils.

Les dispositions pénales concernant l'usure constituent une sanction énergique destinée à punir ceux qui méconnaîtraient l'établissement d'un taux maximum en matière civile, à la condition toutefois que ce fait répréhensible présente le caractère d'une habitude et ne reste pas isolé.

Néanmoins ce système de limitation légale du taux de l'intérêt n'est pas demeuré à l'abri de toute critique. Ce n'est pas qu'on en conteste la raison d'être, les tendances de notre époque n'étant pas favorables aux usuriers, mais c'est la conception du système de restriction qui a été battue en brèche.

L'intérêt, a-t-on dit, n'est pas usuraire pour tout le monde, sur tous les points d'un même territoire, à partir d'un même chiffre.

« Ce qui fait l'immoralité de l'usure, écrit M. Saleilles (1), ce n'est pas le taux de l'intérêt, c'est l'exploitation qu'elle implique ; c'est donc cette exploitation qu'il faut prouver et atteindre, sans s'attacher à la disproportion du loyer de l'argent, et d'une façon générale, à la disproportion objective des équivalents. » En d'autres termes, au système purement objectif du Code civil on voudrait substituer un système d'incrimination de l'usure qui se préoccuperait davantage des intentions des parties et aurait surtout égard aux circonstances dans lesquelles chaque contrat de prêt se serait formé.

Quel que soit le bien fondé de ces critiques, si conformes qu'elles puissent paraître aux principes dominants des législations récentes (2), il importe d'observer que cette prohibition des prêts usuraires

1. *Déclaration de volonté*, p. 292.

2. Voyez notamment les lois allemandes du 24 mai 1880 et du 19 juin 1881 ; la loi autrichienne du 28 mai 1881 qui définit l'usure : exploiter sciemment la légèreté, la situation nécessiteuse, la faiblesse d'intelligence, l'inexpérience ou l'excitation d'esprit de l'emprunteur ; « la loi suédoise du 14 juin 1901 qui qualifie d'usurier celui qui en faisant des avances d'argent, ou en consentant des délais pour le paiement d'une dette, profitera de la gêne, de l'inintelligence ou de la légèreté de quelque personne pour prendre ou pour stipuler à son bénéfice ou à celui d'un tiers des avantages pécuniaires notablement supérieurs à l'intérêt qui peut être considéré comme normal, eu égard aux circonstances ». Le bill anglais du 8 août 1900 sur les prêteurs d'argent autorise le juge à réduire à d'équitables proportions l'engagement excessif contracté vis-à-vis des prêteurs d'argent.

constitue l'un des aspects les plus importants de la protection sociale des débiteurs.

A la même protection se rattache la prohibition de la convention d'anatocisme, autrement dit la règle suivant laquelle on ne peut convenir d'avance que les intérêts d'un prêt arrivés à échéance sans être payés produiront d'eux-mêmes des intérêts. La capitalisation des intérêts augmente avec une grande rapidité le passif des débiteurs.

Il est facile de calculer que si les intérêts, fixés à 4 %, ne sont pas payés et s'ajoutent chaque année au capital, celui-ci se trouvera doublé en quatorze ans environ (1). Aussi la législation romaine avait-elle restreint l'emploi de la convention d'anatocisme et avait-elle fini par la prohiber d'une manière absolue (2).

Le droit classique fixait au double la somme jusqu'à laquelle le capital pourrait produire des intérêts restés en souffrance. Il décidait que la dette qui aurait produit des intérêts non soldés, égaux au capital, cesserait d'en produire de nouveaux, ne pourrait monter *ultra duplum* (3).

1. Si l'on ne faisait qu'additionner tous les ans les intérêts échus sans les rendre eux-mêmes productifs d'intérêts, le chiffre de la dette mettrait cinq-cinq ans à doubler par l'accumulation des intérêts impayés.

2. Girard. *Manuel de droit romain*, p. 515-516.

3. Cette décision est donnée comme l'expression d'un droit déjà existant par Antonin Caracalla (Code, de *usuris*, 10), Esmein (*Mélan-*

Justinien décide que le capital cesserait de produire des intérêts quand il en aurait produit d'égaux à lui, alors même qu'ils auraient été payés (1).

Quant à la capitalisation des intérêts, elle était défendue en droit classique pour les intérêts à échoir, mais elle y était sans doute permise pour les intérêts déjà échus que les parties convenaient de transformer en dette du capital par une novation (2).

Justinien défendit l'anatocisme même pour les intérêts déjà échus (3).

L'ancien droit conserva la prohibition romaine. Quant au Code civil, il chercha seulement à diminuer les dangers de l'anatocisme en apportant à son emploi diverses restrictions. Les articles 1154 et 1155, qui contiennent cette réglementation, sont ainsi conçus :

Article 1154 : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. »

ges, p. 300), relève au v^e siècle, en Gaule, une application de cette règle dans la lettre de Sidoine Apollinaire. Cf. Girard, *loc. cit.*, p. 514, note 7.

1. Nouvelle, 121.

2. « Usura in sortem redigere fuerat concessum et totius summæ usuras stipulari. » (Code de *usuris*, 28).

3. Code de *usuris*, 29.

Article 1155 : « Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur. »

Le système du Code civil se comprend très-bien. Le danger de l'anatocisme n'apparaît que lorsque cette convention permet au créancier d'exiger un jour le capital et les intérêts accumulés, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de créances comportant l'exigibilité plus ou moins proche. Cette catégorie comprend la plus grande partie des créances. Mais il n'y a pas lieu de montrer la même sévérité quand le créancier n'a le droit de demander qu'un revenu, et non un capital ; ainsi en est-il du créancier d'une rente ou du créancier d'un loyer.

Le droit commun en cette matière est édicté par l'article 1154. Cette disposition formule une double restriction à la capitalisation conventionnelle des intérêts.

En premier lieu, il n'est permis de capitaliser l'intérêt qu'autant qu'il est dû pour une année entière ; la loi défend donc d'ajouter au capital les intérêts d'un temps plus court, d'un trimestre ou d'un semestre. En second lieu la convention d'anatocisme ne peut être faite que pour des intérêts déjà échus au moment où elle intervient. C'est ce qui résulte

du texte : « Les intérêts déjà échus des capitaux... »

Le débiteur ne pourrait donc pas promettre d'avance à son créancier qu'on capitalisera à l'avenir chaque année d'intérêts échue et non payée. L'utilité de repousser la convention anticipée d'anatocisme consiste en ce que l'attention du débiteur est appelée chaque année sur la rapidité avec laquelle sa dette s'accroît ; si on lui permettait de la consentir une fois pour toutes par une convention unique, il serait à craindre qu'il ne l'acceptât trop facilement.

La jurisprudence n'est pas bien fixée sur ce point, mais elle semble bien tendre à condamner la convention anticipée d'anatocisme. Aux arrêts qui en admettent la légalité (Cassation, 10 août 1859. Dalloz. 59.1.441 ; Nancy, 10 avril 1878. Sirey 79.2.132) on peut opposer des arrêts plus récents qui l'ont annulée (Nancy, 16 décembre 1880. Dalloz. 1882.2.140 ; Nancy, 21 novembre 1908. *Gazette du Palais*, 30 décembre 1908).

Quoi qu'il en soit, il est certain que la disposition de l'article 1154, en elle-même et quelle que soit la manière dont elle est interprétée, est d'ordre public. La Chambre civile de la Cour de cassation l'a reconnu. (1) Ainsi fut organisée la protection du débiteur.

1. 9 juillet 1895. Dalloz. 1896.1.85. L'article 1154 qui défend la capitalisation des intérêts dus pour moins d'une année entière est une

Mais nous avons dit que l'évolution économique modifia très sensiblement l'état de choses qui régnait en 1804.

Avec le développement de la fortune mobilière et la fréquence des placements en argent, avec l'avènement de puissantes sociétés financières, la situation de l'emprunteur devint beaucoup plus avantageuse qu'elle ne l'était à l'époque de la rédaction du Code civil.

On peut même dire que les situations se trouvaient complètement renversées. Ce n'est plus un débiteur faible et inexpérimenté que la détresse ou l'inexpérience ont mis aux mains d'un créancier peu sensible aux considérations d'ordre humanitaire, c'est un rentier aisé, un petit épargnant qui cherche à placer le fruit de ses économies ou de ses gains et qui s'adresse à quelque établissement financier.

Celui-ci possède des capitaux importants; il peut très facilement discuter ses intérêts; il peut se rendre maître de la convention. S'il appartient au législateur de rétablir l'équilibre des intérêts et des volontés dans les relations de la vie juridique, son action devait désormais s'exercer au profit du créancier, lequel avait besoin d'être protégé contre l'omnipotent débiteur faisant appel au public pour les emprunts.

Cette protection, s'imposait non seulement parce disposition d'ordre public qui peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.

qu'elle était conforme à la logique et au rôle naturel du législateur, mais encore parce que l'utilité sociale de l'épargne est incontestable. La prospérité de toute nation parvenue à un certain degré de civilisation, est étroitement liée à sa puissance d'épargne.

Dès lors, on craignait que le législateur ne puisse se désintéresser des opérations et placements effectués par les petits rentiers et qu'il cherche à les mettre à l'abri des spéculations ou des émissions de valeurs faites à leur détriment par certaines sociétés par actions ou certaines banques d'émission.

Toute une législation spéciale a été élaborée en vue de protéger la petite épargne, de prévenir les fraudes auxquelles les sociétés par actions ont trop souvent donné lieu soit au préjudice des actionnaires, soit au préjudice des tiers, de mettre les prêteurs des sociétés à l'abri des spéculations des emprunteurs et des agissements des banques d'émission. Toutes les dispositions de cet ordre, et notamment celles de la loi du 30 janvier 1907 qui a édicté des mesures de publicité en matière d'émissions financières, appartiennent à l'ordre public.

Si certains phénomènes économiques modernes ont appelé la protection législative des créanciers, d'autres faits ont rendu nécessaires de nouvelles mesures protectrices des débiteurs. Pour n'en prendre qu'un exemple, nous dirons quelques mots des ventes à tempérament.

On appelle ainsi des ventes d'objets mobiliers dans lesquelles le prix est stipulé payable en un certain nombre de fractions échelonnées. Ces combinaisons présentent des dangers particuliers.

Par suite de la difficulté de se rendre compte du prix exact de ces objets, les acheteurs ne comprennent pas exactement la portée de l'opération ; ils y voient un acte de prévoyance consistant à épargner la somme nécessaire pour faire face à chaque échéance et n'aperçoivent pas la spéculation à laquelle se livre leur vendeur.

Dès lors, la situation de chacune des parties contractantes n'est plus égale ; le prix de vente est nécessairement majoré par le négociant de l'intérêt couru jusqu'au versement complet de la somme stipulée.

Il arrive même que la majoration ainsi apportée au prix dépasse notablement la perte d'intérêts éprouvée par le vendeur (1). Ce genre d'opérations a sou-

1. La jurisprudence admet la validité de ces combinaisons. La limitation du taux de l'intérêt ne concerne, en effet, que le prêt et demeure inapplicable au prix d'une vente payable à terme. Mais il faut que l'acheteur soit éclairé sur l'étendue des obligations qu'il assume. Les tribunaux apprécient souverainement si, en présence d'une convention de ce genre on doit décider qu'il y a vente ou simplement location (Cf. Amiens, 28 avril 1894. Dalloz, 75.2.92. Cassation, 17 juillet 1895. Dalloz, 96.1.57, note Thaller et 21 juillet 1897. Dalloz, 98.1.260 avec le rapport du conseiller Cotelle. Trib. de Saint-Étienne, 31 décembre 1900. Dalloz, 1092.2.115).

levé des difficultés spéciales à propos de la vente des valeurs de bourses et particulièrement des valeurs à lots.

Aussi la loi du 12 mars 1900 a-t-elle voulu prémunir la petite épargne contre les périls qui la menacent de ce chef. L'article 1^{er} défend la vente à tempérament de valeurs à lots si elles ne sont pas conformes aux conditions prévues par les articles 2, 3 et 4.

Les versements ne peuvent être échelonnés sur plus de deux années ; le vendeur est tenu de conserver le titre vendu et doit le représenter à toute réquisition de l'acquéreur. Toute clause contraire est nulle.

Cette nullité, étant une mesure de protection, est relative et ne peut être demandée que par l'acheteur. Mais la disposition dont il s'agit n'en est pas moins d'ordre public, puisqu'elle est mise au-dessus des conventions.

Quelque importante que soit toujours la question des dettes, on peut dire qu'elle n'est plus aujourd'hui qu'un accessoire de la question sociale. Celle des salaires est passée au premier plan et cause une telle agitation de l'opinion qu'elle rend nécessaire la réglementation législative.

Le développement du machinisme a multiplié le personnel industriel. La masse de ceux qui tirent tous leurs moyens d'existence de leur force de travail réclame protection.

Nous arriverons ainsi à *la troisième catégorie* de personnes bénéficiant de mesures légales protectrices ; *les salariés*. Pour ceux-ci, l'essentiel est d'obtenir une équitable rémunération de leur activité qu'ils offrent sur le marché. Les conflits entre employeurs et employés sont aussi complexes que ceux qui entretenaient dans la Rome antique les rivalités entre les plébéiens et les patriciens, mais leur cause est différente. Le législateur récent a pris les salariés sous son égide.

Or l'évolution de la législation en cette matière montre encore combien la notion d'ordre public est variable. En quelques années celle-ci a été entièrement transformée. Le Code civil était inspiré par un véritable esprit de défiance vis-à-vis des salariés.

C'est par là que s'expliquait la disposition de l'article 1781 du Code civil aux termes duquel en cas de contestation sur la quotité des gages, le paiement des salaires échus ou les acomptes versés d'avance, le juge devait croire le maître sur sa simple affirmation.

Ce texte a été abrogé par la loi du 2 août 1868 qui a remis en application, quant à la preuve du louage du travail, les règles du droit commun. Il y a donc égalité entre les deux parties, dans le contrat de travail, au point de vue de la preuve.

Mais plus tard, sous l'influence des faits économi-

ques et des idées nouvelles, la législation entreprit de protéger le salarié contre le maître.

La loi du 27 décembre 1890 décida que « le louage fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes », mais elle ajoute cette importante disposition : « Néanmoins cette résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts. »

La jurisprudence interpréta cette loi dans son véritable sens, c'est-à-dire en ce sens qu'un contrat de travail ne peut être rompu par la volonté de l'une ou l'autre partie que si celle-ci a des motifs légitimes de mettre fin à la convention (1). Toute disposition contraire dans le contrat de travail est nulle.

Cette loi protège en apparence le patron aussi bien que l'ouvrier, l'un et l'autre sont placés sur le même pied. Mais, en réalité, la loi marque aussi la disposition du principe d'égalité. Cette disposition ne s'applique en fait qu'au profit du salarié.

La loi du 18 juillet 1904 a de même continué à affirmer en apparence le principe d'égalité en décidant que le contrat de travail ne pourra être rompu par une période d'exercices militaires dans la réserve ou la territoriale soit par le patron, soit par l'ouvrier. Or

1. Notamment : Cassation, 21 novembre 1893, Sirey 95.1-166 ; Cassation, 20 mars 1895, Sirey. 95.1.313 ; Cassation, 18 juillet 1899. Sirey. 1900. 1. 508 ; Cassation, 23 mars 1904. Dalloz. 1904.1.192.

il est bien manifeste que le salarié ne songera jamais à rompre le contrat pour une telle circonstance.

Il fallut bien que la législation ouvrière finit par se présenter comme une législation ayant pour objet exclusif la protection des salariés et comme n'ayant rien à voir avec le principe d'égalité. La loi du 27 novembre 1909 l'a reconnu en décidant, dans le but d'empêcher que le chef d'entreprise ne supprime le salaire ou le travail de l'ouvrière en couches, que celle-ci a droit à une suspension de huit semaines dans la période qui précède et suit ses couches, sans que sa grossesse ou son accouchement puissent être pour le patron une cause de rupture du contrat. Toute clause contraire dans le contrat de travail serait nulle.

Le caractère flottant de l'idée d'ordre public est ainsi mis en lumière par l'évolution législative elle-même.

Aujourd'hui la législation ouvrière est considérable. Il est certain que toutes les dispositions qui ont pour objet la protection des salariés sont d'ordre public. Il serait fastidieux de se livrer ici à des énumérations qui, d'ailleurs, ne présenteraient aucune utilité au point de vue des solutions que nous cherchons à dégager.

Contentons-nous d'indiquer, à titre d'exemples, la loi sur le risque professionnel et les dispositions relatives à la protection et au paiement du salaire.

D'après l'article 30 de la loi du 9 avril 1898 sur les

accidents du travail, toutes les conventions contraires à cette loi sont nulles de plein droit. Le législateur a voulu éviter que les ouvriers ne consentent la renonciation à leurs avantages éventuels.

D'autre part, assurer à l'ouvrier le paiement intégral de son salaire, n'est-ce pas la forme la plus indispensable de la protection ? Le salaire est l'unique ressource de la famille ouvrière.

L'en priver pour une cause quelconque c'est supprimer ses moyens d'existence. Le salaire a été protégé contre l'insolvabilité du patron par le privilège de l'article 2401 du Code civil et de l'article 549 du Code de commerce étendu aux ouvriers et employés par les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889, étendu encore par la loi du 6 février 1895 à certaines catégories que la jurisprudence antérieure ne considérait pas comme salariés : commis-voyageurs et vendeurs rémunérés à la Commission. Le salaire a été protégé contre les créanciers de l'ouvrier par la loi du 12 janvier 1895 qui rend le salaire partiellement insaisissable.

Le salaire a été protégé contre le gaspillage possible par l'ouvrier lui-même. Déjà l'article 388 du Code civil soustrayait le salaire gagné par l'enfant mineur à l'usufruit légal des père et mère. Aujourd'hui le projet de loi sur le contrat de travail (article 38) confère au mineur le droit de toucher lui-même son salaire et d'en disposer.

La loi du 13 juillet 1907 donne à la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari le droit de disposer librement de son salaire. La loi a aussi voulu que le patron ne puisse, par des voies plus ou moins directes ou détournées, retenir une partie du salaire qu'il doit à l'ouvrier.

C'est pour ce motif que les articles 4 et 5 de la loi de 1895 décident qu'aucune compensation ne peut s'établir entre la dette du patron envers l'ouvrier à raison de ses salaires et une dette quelconque de l'ouvrier jusqu'à concurrence d'un dixième pour les avances en argent (1). La loi du 7 décembre 1909 a prescrit le paiement des salaires en monnaie ayant cours légal « nonobstant toute stipulation contraire à peine de nullité ».

En outre, la loi du 25 mars 1910 précise la prohibition du paiement par compensation en supprimant les économats tenus directement ou indirectement par les employeurs et en défendant, en outre, à ceux-ci, d'imposer à leurs employés l'obligation de se fournir dans des magasins indiqués par eux.

1. Ces dispositions ont donné lieu à une difficulté. On s'est demandé si l'ouvrier a le droit, au moment même où il touche son salaire, de laisser à son patron une partie de ce salaire en paiement de ce qui lui doit. La Cour de cassation prohibe même cette convention contemporaine de la paye. (Cassation, 1^{er} juin 1910. Dalloz. 1910.1.297.) Ce système est critiqué par la doctrine (voir notamment A. Colin, dans *Revue trimestrielle*, 1909, p. 817 et suiv. et Tissier, note au Sirey. 1910.1.113 et suiv.).

Toutes ces dispositions ont un caractère certain d'ordre public (1).

Enfin, n'oublions pas *le quatrième groupe* indiqué des personnes qui bénéficient de dispositions protectrices de la loi : ce sont *les tiers*, au sens juridique du mot.

On appelle tiers, d'une manière générale, les personnes qui n'ont pas été parties à un acte. Les mesures de publicité édictées dans l'intérêt des tiers

1. On a beaucoup discuté sur la validité des clauses contenues dans les règlements d'ateliers, aux termes desquelles le patron peut effectuer des retenues disciplinaires sur les salaires des ouvriers. La Cour de cassation valide ces clauses (Cass., 2 févr. 1898, Dalloz. 1898.1.326). En doctrine la question de la légitimité des amendes est l'objet de controverses (cf. Desrois du Roure. *Le règlement d'atelier et le contrat de travail*, thèse Paris 1910.

Au point de vue législatif la question est également très diversement envisagée. La Société d'études législatives s'est à une très faible majorité prononcée pour le maintien des amendes (*Bulletin*, 1906, p. 403 et suiv.). La Chambre en juillet 1890 (*J. O.*, Chambre annexe p. 870) a voté un texte interdisant d'une façon absolue tous les articles des règlements qui institueraient des retenues de salaire, soit sous le nom d'amende, soit sous toute autre appellation. Le Sénat, le 3 mars 1909 (*J. O.*, Sénat, 1909, p. 170) n'a pas condamné le procédé des amendes, mais il s'est contenté de le réglementer avec minutie.

Si l'un ou l'autre de ces textes devenait une loi, toute clause d'un règlement d'atelier qui y conviendrait serait frappée d'une nullité d'ordre public.

Mais, aujourd'hui, la jurisprudence admet la validité des amendes lorsque la clause du règlement qui les édicte a été portée à la connaissance des ouvriers.

ont pour but d'empêcher qu'on puisse leur opposer les clauses des actes qu'ils ignorent.

Si les actes qui n'ont pas été portés à leur connaissance pouvaient leur être opposés, il en résulterait une incertitude très grave dans les relations juridiques. Par là même la mauvaise foi serait favorisée, la sécurité des transactions serait absolument compromise, et l'on verrait naître un nombre indéfini de procès.

C'est pourquoi la plupart des auteurs considèrent avec raison comme étant d'ordre public toutes les lois dont le but est de sauvegarder l'intérêt des tiers qui se confond avec l'intérêt général (1).

Toutes les dispositions ordonnant des mesures de publicité sont donc d'ordre public : notamment celles qui ont pour objet les aliénations immobilières (transcriptions, notifications, affiches), la signification des cessions de créances, la publicité du contrat de mariage.

Loché (2) remarquait à ce sujet que la disposition de l'article 1495 du Code civil, suivant laquelle les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, a pour but principal de protéger les tiers qui contracteront avec les époux pendant le mariage.

1. Laurent, t. 1, n° 63 ; Beudant, *Droit civil*, Introduction, n° 120 ; Planiol, t. 1, n° 292 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 43 en note,

2. *Législation* t. 13, p. 277, n° 8 et p. 453, n° 15.

Nous croyons avoir suffisamment éclairci la notion d'ordre public fondée sur la protection de certaines classes de personnes.

Au fur et à mesure que l'évolution sociale engendrera de nouveaux rapports entre les individus, il sera nécessaire que le législateur prenne de nouvelles mesures de protection. Et cela même fait apparaître combien l'idée d'ordre public, envisagée sous cet aspect, est souple et indéfinie dans ses applications.

Pour n'apporter ici qu'un seul exemple, nous mentionnerons la situation actuelle des assurés vis-à-vis des Compagnies d'assurances; ne semble-t-il pas que les premiers soient liés aux secondes pieds et poings liés et qu'ils aient besoin de la protection législative ?

Ceux qui veulent faire cet acte élémentaire de prévoyance qu'on nomme l'assurance sont mis en présence d'une police contenant toutes sortes de clauses, même des clauses critiquables parfois, qu'ils n'ont qu'à signer ou à ne pas signer; ils n'ont à remplir qu'un simple rôle d'adhésion. N'appartient-il pas au législateur de rétablir l'équilibre et l'égalité entre l'assureur et l'assuré ?

Nous ne saurions mieux faire à cet égard que reproduire les très judicieuses observations qu'émettait M. Lyon-Caen dans son rapport qui a servi d'exposé des motifs au projet déposé en 1904 par le Gouver-

nement sur le contrat d'assurance. « Une loi sur les assurances, disait-il, n'a pas seulement la double utilité de rendre irrévocables les bonnes solutions de la jurisprudence et de condamner les mauvaises.

« Sans doute, pour les assurances, comme généralement pour les autres contrats, le législateur doit le plus souvent, par respect de la liberté des conventions, se borner à édicter des règles interprétatives que les parties sont toujours libres d'exclure par une volonté contraire. Mais, en cette matière, il est indispensable que la loi formule quelques dispositions prohibitives ou impératives.

« La raison en est simple. En fait, les assureurs et les assurés ne contractent pas dans une situation de complète égalité. Les principales clauses des polices sont imprimées par avance : clauses frappant de nombreuses déchéances l'assuré, clauses mettant à sa charge, quand il s'agit d'obtenir une indemnité, des preuves très difficiles à faire, ou réduisant beaucoup la durée des actions de l'assuré contre l'assureur.

« Le législateur doit remplir ici une sorte de mission sociale, protéger le faible contre le fort, l'assuré contre l'assureur, prohibant certaines clauses, en imposant d'autres. Toutefois, respectueux de la liberté des conventions qui est nécessaire au développement si souhaitable du commerce des assurances et souvent à l'intérêt bien entendu des assurés eux-mêmes,

on s'est efforcé de réduire le plus possible le nombre des dispositions impératives. »

Ces dispositions, dans le détail desquelles il serait hors de propos d'entrer ici, seront, le jour où le projet sur les assurances sera devenu une loi, des dispositions d'ordre public au même titre que celles qui protègent les incapables, les débiteurs ou les créanciers, les salariés et les tiers étrangers à la formation d'un acte juridique.

CHAPITRE CINQUIÈME

Sanction des lois d'ordre public

La sanction des lois d'ordre public est double.

D'une part les actes qui méconnaissent une disposition légale fondée sur des motifs d'ordre public sont frappés d'inefficacité, alors même que la loi n'aurait pas formellement attaché cette sanction à la règle édictée ; nous aurons à étudier la portée de ce principe.

D'autre part le ministère public a le droit de poursuivre d'office l'exécution des lois en matière civile, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ; mais ce droit a donné lieu à une difficulté qu'il nous faudra exposer et résoudre.

Section I

Supposons qu'une convention contraire à une disposition légale d'ordre public ait été conclue. Quelle va être sa sanction ? La réponse n'est pas douteuse.

C'est la nullité. Cette solution résulte de l'article 6 aux termes duquel on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; de l'article 1131 qui déclare que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ; de l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 disposant que l'association illicite est nulle et de nul effet.

Cette nullité est absolue ; l'acte ne peut traduire aucun effet, puisqu'il a été passé en violation de la loi. En conséquence toute personne ayant intérêt à invoquer la nullité aura le droit de la faire constater ; l'acte n'est pas susceptible de confirmation et sa nullité ne peut s'étendre par la prescription.

Au surplus, un tel acte se trouvant paralysé au moment même où on a voulu le former, n'a pu prendre juridiquement naissance. Il n'existe pas, et, par suite, ses effets doivent être rétroactivement affectés de telle sorte que rien n'en subsiste. Si, par exemple, une vente est nulle, le vendeur reprendra sa chose et l'acheteur son prix. L'article 1235 décide que tout paiement suppose une dette et que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

Or une convention contraire à l'ordre public n'engendre pas de dette ; si quelque chose a été payé en exécution de cette convention, c'est indûment ; il y a donc lieu à répétition.

Mais ce principe a été singulièrement obscurci par

la survivance d'une vieille règle romaine qui a reçu trois formules équivalentes :

1° « *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.* »

Nul ne peut obtenir gain de cause en se basant sur sa propre immoralité.

2° « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* ».

Lorsque deux parties ont fait un contrat immoral pour l'une ou l'autre, aucune d'elles ne peut se faire restituer ce qu'elle a versé.

3° « *In pari causa turpitudine melior est causa possidentis.* » En face d'une égale immoralité, c'est celui qui tient qui doit posséder.

Les conséquences de cette conception sont indiquées au Digeste (*De condictione ob turpem vel injus-tam causam*). Si le caractère immoral de l'obligation, la *turpis causa*, n'existe que du côté de l'une des parties, la partie coupable est seule dépourvue d'action en justice, tandis que l'autre peut invoquer la *turpis causa*, soit pour ne pas exécuter son obligation, soit pour répéter le paiement qu'elle en a déjà fait.

Si, au contraire, le but de l'acte juridique est également malhonnête chez les deux contractants, tous deux sont dans la même situation que la partie coupable dans l'hypothèse précédente ; aucun d'eux ne peut agir en justice, soit pour obtenir le paiement de l'obligation dont il se prétend créancier, soit pour répéter la chose payée quand il a exécuté l'obligation dont il s'est reconnu débiteur.

La raison de ce principe, c'est que, dit-on, celui qui prétend exercer la répétition veut tirer parti de son immoralité. Mais cet argument est dépourvu de toute valeur. Ce qui est immoral, c'est que l'une des parties s'enrichisse au détriment de l'autre, sous prétexte que cette dernière a participé à l'immoralité.

Pour ceux qui ont passé une convention illicite, le droit sera le fait. « Heureux, dit M. Meynial, celui qui, plus habile, parviendra à faire exécuter l'obligation de son débiteur sans payer la sienne propre : il pourra jouir en paix de son vol, protégé par le dédain de la loi (1). »

Aussi a-t-on cherché un autre argument en faveur de la maxime ; et celui-ci était volontiers invoqué par les jurisconsultes de l'ancien droit (2). C'est que le contractant qui invoque le caractère illicite du contrat pour réclamer ce qu'il a versé, offense la pudeur du juge en le forçant à entrer dans l'examen d'une convention immorale.

Il est inutile de faire ressortir la naïveté de cette manière de voir. Ainsi que l'a dit M. Meynial, il y a quelque bizarrerie à prétendre que le prétoire du juge n'entend que des discours d'honnêtes gens.

(1) Meynial, note au Sirey, 1890.2.97.

(2) Ferrière. *Dictionnaire de droit et de pratique* : v^o *Répétition de ce qui a été donné pour cause deshonnête* ; Pothier. *Traité des obligations*, n^o 42 et suivants.

Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'après avoir appliqué d'une façon absolue la maxime « *Nemo auditur...* », la jurisprudence a successivement fait exception à ce principe dans un certain nombre de cas.

Ce fut en matière de contre-lettres qu'apparut la première modification à la maxime. On sait que les officiers ministériels tiennent leur monopole d'un décret du chef de l'État et qu'ils ont le droit de vendre leur charge.

La loi du 23 avril 1816 a imposé aux officiers publics le dépôt d'un cautionnement et, en échange, elle leur a conféré le droit de céder leurs offices ; mais elle a subordonné cette vente à la condition que le successeur présenté soit agréé par le chef de l'État.

Celui-ci a pour mission d'apprécier l'honorabilité de l'acquéreur. Dans la pratique, on exige que l'acte de vente lui-même soit présenté au ministre compétent lequel, si le prix lui paraît trop élevé, a le droit de le réduire. Cette pratique, abusive en quelque sorte, se justifie cependant par cette considération que si un officier ministériel a payé un prix exagéré en égard au produit qu'il doit tirer de l'exploitation, il peut être tenté de se livrer à des compromissions pour augmenter ses émoluments. Plaçons-nous donc en présence d'une contre-lettre, c'est-à-dire d'un acte simulé par lequel l'acquéreur s'engage à payer une somme supérieure à celle qui est fixée par la chancellerie.

La jurisprudence, après quelques hésitations (1), a décidé que de telles conventions étaient nulles comme violant l'ordre public. Or la maxime : « *In pari causa turpitudinis...* » s'opposait à ce que l'acquéreur qui avait payé ce supplément illicite de prix eût le droit de répétition. A vrai dire, ce ne fut pas sans quelque peine que les arrêts arrivèrent à écarter la répétition des sommes versées.

On essaya d'abord de démontrer que la contre-lettre n'était pas tellement nulle qu'elle ne pût donner naissance à une obligation naturelle, laquelle aurait eu précisément pour effet de mettre obstacle à la répétition (2).

L'existence de cette prétendue obligation naturelle fut même reconnue par plusieurs arrêts dans le but de permettre l'imputation de sommes payées par le cessionnaire sur le montant de la contre-lettre (3).

Mais on ne tarda pas à abandonner ce point de vue pour avoir recours à la maxime dont il s'agit (4).

Ainsi, en refusant à l'acquéreur la répétition des sommes indûment versées, on réalisait dans toute son étendue le danger même qu'on voulait éviter, puisque

1. Quelques arrêts ont d'abord, en effet, validé cette convention : Grenoble, 16 décembre 1837, Sirey, 38.2.489; Toulouse: 22 février 1840. Sirey. 1840.2.126.

2. En ce sens: Paris, 31 janvier, et 15 février 1840. Sirey. 1840.2.81.

3. Paris, 31 janvier 1840, précité.

4. Notamment, Orléans, 8 février 1844, P. 44.1.452.

cet acquéreur avait à payer le supplément de prix trop élevé.

C'est ce qui détermina la Cour de cassation à décider que l'acquéreur peut répéter la somme qu'il a payée en vertu d'une contre-lettre. Cette évolution fut faite dans les deux arrêts déjà anciens, l'un de la Chambre civile du 31 juillet 1884, l'autre de la Chambre des Requêtes du 1^{er} août 1844 (1).

Mais qu'on le remarque bien, la Chambre des Requêtes, loin de renoncer à la maxime « *Nemo auditur* », prétendit au contraire l'appliquer plus exactement qu'elle ne l'avait fait jusqu'alors. « La faute, disait la Cour suprême, n'est pas égale entre le postulant et le titulaire (de l'office), puisque c'est ce dernier, fonctionnaire public, ayant à ce titre des devoirs plus étroits, qui a fait subir la loi d'un prix exagéré au postulant. »

Au contraire la Chambre civile, se montrant plus hardie, rejetait nettement la règle romaine. Elle considérait que le traité secret en matière de transmission d'office ne peut produire une obligation même naturelle dont l'effet serait de le soustraire à la prohibition de la loi ; sans quoi on serait réduit à s'appuyer, pour refuser la répétition, sur l'article 1235 du Code civil, c'est-à-dire à supposer que le droit civil, qui prohibe le contrat, se prête à en protéger l'exécution.

1. Voir Sirey. 1844.1.584.

On le voit, il y avait divergence manifeste, au point de vue théorique, entre les deux chambres de la Cour suprême, car l'une prétendait suivre la maxime romaine tandis que l'autre la regardait comme contraire au Code civil. La manière de voir de la Chambre des Requêtes n'était guère soutenable.

« D'abord, comme l'a dit M. Meynial, qui a fait subir une contrainte à l'autre : du vendeur par sa rapacité ou de l'acheteur par ses offres fascinatrices ? Et puis lequel des deux est soumis à une plus grande délicatesse, du fonctionnaire qui va cesser de l'être ou de celui qui aspire à le devenir ?

« Et enfin, faut-il, pour l'application de la maxime, qu'il y ait faute égale des deux parties et ne suffit-il pas que chacun soit coupable, quelle que soit l'intensité de la faute ? » Ce qu'on peut affirmer, c'est que ce n'est pas par des raisonnements que la conviction des magistrats de la Cour suprême a été entraînée, mais bien plutôt que les raisons ont été cherchées à l'appui de la solution désirable.

En tout cas, il semble bien que la doctrine consacrée par la Chambre civile en 1844, c'est-à-dire celle qui écarte la règle romaine, ait triomphé. Les arrêts postérieurs ne font en effet aucune allusion à cette vieille maxime (1).

1. Cass., 10 décembre 1878, Sirey. 1880.1.61 ; Cass., 11 février 1884, Sirey. 1884.2.65 ; Cass., 13 juillet 1885, Sirey. 1886.1.205 ; Cass., 25 janvier 1887, Sirey. 1887.1.224.

« Attendu, dit désormais la Cour suprême, que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, et que ce qui a été payé en exécution d'une obligation nulle n'est dû... » La Cour de Caen, jugeant son renvoi de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1887, se montrait encore plus explicite : « Attendu, disait-elle, que la maxime « *Nemo auditur...* » n'a été consacrée par aucun texte de nos lois ; qu'elle est en contradiction avec l'article 1131... (1) ».

En cette matière des contre-lettres, la jurisprudence est maintenant constante en ce sens que la répétition des sommes indûment versées est possible.

Une marche analogue a été suivie par les arrêts dans la matière des cessions de part d'offices. Dans le silence du Code de commerce on s'était imaginé de traiter l'office ministériel comme un fonds de commerce, de diviser la finance en part cédées à des commanditaires. La pratique de la mise en société de la finance de la charge fut pendant un certain temps tolérée par la jurisprudence (2).

Mais la loi du 2 juillet 1862 n'autorisa la mise en société qu'à titre exceptionnel, pour les charges d'agents de change. Des sociétés de cette espèce étaient donc nulles. Il eût par suite été logique d'admettre la répétition des sommes versées par l'asso-

1. Caen, 18 janvier 1888. Sirey. 90.2.97.

2. Paris, 15 juin 1850. Sirey. 50.1.433.

cié ou des dividendes perçus par lui. Mais la jurisprudence s'obstina longtemps à repousser l'action en répétition par application de la maxime romaine (1).

Elle admit même que le paiement du capital faisait naître entre les parties une société de fait autorisant le juge à opérer une liquidation conformément au droit commun (2).

Il était étrange que la cause du paiement du capital fut considérée comme illicite, c'est-à-dire comme non susceptible d'être prouvée par le demandeur en répétition, et qu'en même temps l'intention illicite des parties non prouvée fut regardée comme suffisante à baser un contrat tacite de société.

Grâce à ce singulier régime les sociétés en question se multiplièrent dans des proportions qui finirent par inquiéter les tribunaux.

C'est alors que la jurisprudence, s'apercevant, comme en matière de contre-lettres, de l'inanité des sanctions jusqu'alors admises par elle, permit la répétition du capital versé en exécution du contrat de société (3).

Enfin les arrêts furent conduits à repousser la maxime « *Nemo auditur...* » dans un certain nombre

1. Paris, 27 mai 1862. Sirey. 63.1.493; Cassation, 16 août 1864. Sirey. 65.1.23; Cassation, 31 mars 1869. Sirey. 69.1.305.

2. Cassation, 31 mars 1869, précité.

3. Cassation, 25 janvier 1887. Sirey. 87.1.224.

d'autres hypothèses (notamment Rouen, 24 décembre 1901 dans une espèce où il s'agissait de la vente d'une pharmacie à une personne sans diplôme (1), et Paris, 31 décembre 1903 en matière de trafic d'influence auprès des pouvoirs publics) (2).

Mais la jurisprudence est encore loin d'admettre la répétition, d'une manière générale, dans tous les contrats contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. C'est ainsi que la Cour de Nancy a refusé toute répétition au tiré d'un effet de complaisance qui avait volontairement acquitté l'effet (3). A propos de la vente d'une maison de tolérance, les Cours de Riom (4) et d'Alger (5) ont statué dans le même sens.

De même encore la Chambre des Requêtes, par arrêt du 1^{er} avril 1895, a décidé qu'étant donnée la part prise par chacun des contractants dans une convention de prêt ayant pour cause l'acquisition d'une maison de tolérance, le prêteur ne peut ni demander le remboursement de la somme prêtée, ni la répéter comme indûment payée (6).

Plus récemment encore, un arrêt de la Chambre

1. Sirey. 1904.2.237.

2. Sirey. 1905.5.206. Cf. Perreau : Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 248.

3. Nancy, 2 janvier 1893. Sirey. 94.2.206.

4. 30 novembre 1893. Sirey. 94.2.75.

5. 9 mai 1894. Sirey. 94.2.302.

6. Sirey. 1896.1.289 et la note de M. Appert.

des Requêtes du 15 mars 1911, a affirmé cette idée que les parties qui ont également pris part à une convention immorale ou illicite ne sont pas recevables à répéter ce qui leur serait dû en exécution de cette convention (1).

Dans l'espèce il s'agissait d'une convention par laquelle un industriel s'engageait à payer à un intermédiaire les sommes d'argent destinées à être remises, à titre de commissions, à des fonctionnaires d'un Gouvernement étranger pour déterminer celui-ci à favoriser cet industriel dans ses tractations commerciales avec ledit Gouvernement. Sans doute la maxime « *In pari causa* » n'est plus invoquée; mais son esprit demeure encore et son application n'est pas tarie.

Ce sont des considérations pratiques qui ont conduit les tribunaux à faire échec à la théorie romaine dans des hypothèses de plus en plus nombreuses. Les dangers de la règle en question ont été fort bien mis en lumière par M. Meynial (2).

« Sans doute, dit-il, c'est montrer quelque défaveur aux obligations illicites ou immorales que de n'accorder aucune action pour leur exécution, mais est-ce bien suivre la même voie que d'empêcher de revenir sur l'exécution accomplie? Supposons que

1. Sirey. 1911.1.447.

2. Note précitée.

cette exécution ait des effets que la société regarde comme lui étant nuisibles, comment comprendre que le juge s'en désintéresse au point de ne pas permettre à celui qui a exécuté volontairement de détruire les conséquences de cette exécution en exerçant la répétition de ce qu'il a payé? Le juge n'a pas apparemment pour mission de faire durer un contrat qui préjudicie à l'intérêt public.

« Et c'est pourtant à cela qu'aboutirait la stricte application de la maxime romaine. Supposons même qu'il s'agit d'une obligation dont l'exécution ou l'inexécution importent assez peu à la société, ce n'est pas le contrat lui-même qui est immoral, c'est l'objet sur lequel il porte, et c'est seulement afin de déprécier et de faire, s'il se peut, disparaître cet objet, qu'on annule les conventions qui s'y rapportent (vente d'une maison de tolérance).

« Même ici l'effet pratique de la maxime romaine est critiquable, car la peine dont elle menace n'aura pas toujours une grande efficacité préventive.

« Avant l'exécution, les deux parties resteront sans doute à la discrétion l'une de l'autre; le contrat aléatoire, et les parties pourront en être effrayées et être détournées de le conclure. Mais il suffira en général à chacun de se tenir sur ses gardes pour éviter tout dommage; on n'aura qu'à traiter au comptant, donnant, donnant. Et quand l'exécution réciproque aura eu lieu, tout le monde sera à l'abri pour toujours.

Cette demi-mesure ne suffit-elle pas dans bien des cas à tranquilliser les contractants ? »

Nous ne saurions même dire. C'est sous l'empire de considérations de cette nature que la jurisprudence s'avance de plus en plus vers l'abandon de la règle dont il s'agit. Celle-là est d'ailleurs vivement critiquée, en général, par la doctrine moderne (1).

Au point de vue théorique, la règle « *Nemo auditur* » ne se justifie pas mieux que sur le terrain pratique. C'est une singulière transposition historique que celle qui considère aujourd'hui encore le recours aux tribunaux comme une faveur, à l'instar de toutes les sociétés primitives où le droit est encore l'emploi de la force et où, au moins en cas de déni de justice, il reste toujours licite de se protéger soi-même (2). Or c'est bien regarder le recours aux tribunaux comme une faveur que d'admettre que ceux-ci peuvent refuser de trancher des différends relatifs à des conventions immorales.

Le refus de l'action en répétition, dans notre ordre d'idées, est du reste impossible à soutenir en présence des textes et des principes généraux. Toute

1. Lyon-Caen, note au Sirey. 1884,2.49 ; Meynial, note au Sirey. 1890,2.97 ; Appert, note au Sirey. 1896,1.289. En faveur de la théorie qui repousse la répétition ; soit au contraire, Dubois, note au Sirey. 1874,1.241.

2. Meynial, *loc. cit.*

obligation qui a une cause illicite ou immorale est nulle d'une nullité absolue.

Si l'on tire de ce principe toutes les conséquences logiques, il faut conclure, non seulement à l'absence d'action en justice pour obtenir l'exécution d'une semblable obligation, mais encore à la répétition de ce qui a été payé en exécution de cette dernière.

La convention illicite ou immorale n'a aucun effet ; il y a lieu de l'effacer dans les résultats qu'elle a pu produire en fait. C'est une règle générale que ce qui a été payé sans être dû peut être répété (article 1235).

Il n'y a aucun motif d'écarter ici l'application de ce texte. Bien au contraire, nous l'avons vu, l'examen des besoins pratiques et la considération de l'ordre public lui-même et de la moralité elle-même commandant cette application.

Il est donc souhaitable que la jurisprudence rejette définitivement, en toute matière, la règle que nous avons critiquée. La véritable sanction des lois d'ordre public, c'est la nullité complète et radicale de tout ce qui a été convenu, et aussi de tout ce qui a été exécuté contrairement à leurs dispositions. Cette règle comporte néanmoins certaines atténuations qu'il nous reste à indiquer.

Au principe que toute déclaration de volonté contraire à une loi d'ordre public ou aux bonnes mœurs est nulle de plein droit il faut d'abord apporter une restriction en ce qui concerne les conditions illicites

ou immorales insérées dans les actes à titre gratuit.

Sans doute l'application pure des règles que nous avons indiquées devrait conduire à faire déclarer nul l'acte qui les contient.

Mais il faut tenir compte ici d'une distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. Cette distinction remonte au droit romain qui traitait d'une manière différente, à cet égard, les actes entre vifs, y compris la donation et les libéralités testamentaires (1).

Les actes entre vifs faits sous une condition impossible ou illicite étaient nuls ; au contraire, dans les actes de dernière volonté, ces conditions étaient simplement considérées comme non écrites. Gaius disait qu'il était difficile de rendre compte de cette distinction : *Vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*

C'est cette règle que les rédacteurs du Code civil ont consacrée, mais en la transformant et en étendant aux donations entre vifs ce que les Romains n'appliquaient qu'aux libéralités testamentaires. La condition illicite insérée dans un acte onéreux vicie l'acte tout entier. « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » (Article 1172 C. civ.)

1. Gaius, commentaires III, § 98 et loi 3 au *Digeste* de cond. et dem. Suivant M. Planiol (*Droit civil*, t. 3, n^{os} 3026 à 3031) cette distinction remonterait seulement au droit intermédiaire.

Au contraire la condition impossible, illicite ou immorale, lorsqu'elle est contenue dans un acte à titre gratuit, donation ou testament, est réputée non écrite ; elle est seulement rayée de l'acte qui demeure valable pour le reste (art. 900, C. civ.)

Une seconde atténuation doit être notée relativement au principe de l'inefficacité d'un acte contraire à une loi d'ordre public. Elle est particulière à la matière du mariage. Tous les empêchements au mariage établis par la loi sont d'ordre public.

Pourtant certains d'entre eux sont simplement prohibitifs, c'est-à-dire que si, malgré la défense légale, l'officier de l'état civil procède à la célébration du mariage, le mariage ne peut pas être attaqué de ce chef.

Cette solution découle de la considération de l'intérêt public lui-même. L'annulation du mariage est un parti extrême dont les conséquences sont si graves pour la famille, et, par suite, pour la société, que le législateur ne s'y résout que dans certaines hypothèses limitativement déterminées.

Enfin une dernière observation doit être faite. Les dispositions qui ont pour but de protéger les incapables sont sanctionnées non par la nullité absolue, mais par la nullité relative. Cela résulte de l'idée même de protection. Mais il n'en résulte pas, nous l'avons montré précédemment, que les lois de protection ne soient point fondées sur des motifs d'or-

dre public. Ce qu'il faut dire, c'est que ces lois sont, en raison de leur caractère particulier, sanctionnées par la nullité relative.

Section II

L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 dispose en ces termes : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

Le premier alinéa de cette disposition est très clair. Il signifie que le ministère public peut agir en matière civile, toutes les fois que la loi lui en donne le droit, et peu importe alors que l'ordre public soit ou non intéressé. C'est ainsi que le ministère public peut demander la nullité de tout mariage contracté en contravention aux dispositions des articles 144, 147, 161, 162 et 163 du Code civil (art. 184 C. civ.). C'est encore ainsi que le ministère public doit, en cas de fureur, provoquer l'interdiction de l'aliéné si elle n'est pas demandée par l'époux ou par les parents ; et qu'il peut aussi, en cas d'imbécillité ou de démence, provoquer l'interdiction si l'aliéné n'a ni conjoint ni parent connu (art. 491 C. civ.). La loi du 25 juillet 1889 confère au ministère public, sous certaines

conditions, l'action en déchéance de la puissance paternelle. L'article 1047 du Code civil lui permet de demander la déchéance du grevé de substitution qui a négligé de faire nommer un tuteur à la substitution dans le mois du décès du donateur ou du testateur (1).

Mais le second alinéa de l'article 46 soulève une grave difficulté. Il s'agit de savoir si le ministère public a le droit d'agir en matière civile d'une manière générale et malgré l'absence de tout texte spécial, toutes les fois que l'ordre public est intéressé, ou bien, au contraire, si le ministère public ne peut agir qu'en vertu de textes formels. Cette question a divisé la jurisprudence et la doctrine.

D'après la jurisprudence, le ministère public pourrait dans l'article 46 le droit d'agir, quand l'ordre public est intéressé, malgré l'absence d'un texte spécial. Deux applications principales de cette conception ont été faites, l'une relative au droit d'appel ou de pourvoi en cassation, l'autre relative à la faculté de provoquer la rectification des actes de l'état civil.

Le système jurisprudentiel conduit à permettre au ministère public d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation, même s'il n'a pas été partie principale

1. Ces applications du texte dont il s'agit ne sont données qu'à titre d'exemple et nous ne prétendons pas avoir épuisé la liste des cas où la loi permet au ministère public d'agir d'office.

au procès, dès lors que l'ordre public est intéressé (1). Mais cette solution vient se heurter à cette règle, déduite des principes généraux, que, pour former un appel ou un pourvoi, il faut avoir été partie au litige. Il n'est pas possible, dans le silence de la loi, de supprimer cette condition.

En outre, la jurisprudence a reconnu au ministère public la faculté de provoquer, au nom de l'ordre public, toute rectification aux actes de l'état civil. Précisons bien le débat sur ce point. Un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI a donné au ministère public, pour le cas où des actes de l'état civil ont été omis, le droit de réparer cette omission et de les faire inscrire sur les registres.

De plus, l'article 259 du Code pénal, modifié par la loi du 28 mai 1858, permet au ministère public d'agir en rectification des actes de l'état civil lorsqu'il y a usurpation de titres nobiliaires ou altération de noms, qu'il y ait ou non délit.

Faut-il limiter le droit du ministère public à ces cas spéciaux ou élargir ces dispositions, considérées comme trop étroites dans leur texte, et décider que le ministère public peut toujours agir en matière d'acte de l'état civil dans tous les cas où l'ordre pu-

1. Appel : Chambéry, 7 février 1885. Sirey, 1886.2.217 et la note Nancy, 12 mars 1894. Dalloz, 1895.2.30 ; Cassation : Requêtes, 2 décembre 1851. Dalloz, 52.1.81.

blic est intéressé ? C'est en ce dernier sens que les arrêts ont répondu (1). Sans doute l'ordre public n'est pas regardé comme intéressé pour cette seule raison que la constitution légale des familles repose sur la tenue régulière des registres de l'état civil.

On exige que l'intérêt public soit directement engagé et c'est alors qu'on admet le ministère public représentant de la société à agir. Tel est le cas où, pour échapper à la loi sur le service militaire, on a fait inscrire un enfant du sexe masculin comme étant du sexe féminin (2); tels sont encore les cas où l'état civil attribue à une personne une qualité qui ne lui appartient pas (3).

En résumé, la jurisprudence interprète l'article 46 de la manière suivante : le ministère public peut d'abord agir, même si l'ordre public n'est pas intéressé, à la condition qu'un texte spécial et formel lui en donne le droit ; il peut ensuite encore agir, malgré l'absence de tout texte qui lui en confère spéciale-

1. Cassation, 22 janvier 1892, deux arrêts. Sirey. 62.1.257; Cassation, 24 novembre 1862. Sirey. 63.1.30; Cassation, 25 mars 1867. Sirey. 67.1.215. Cf. Dalloz, supplément au *Répertoire*, v^o *Actes de l'état civil*, n^o 109 à 112 et v^o *Ministère public*, n^o 56; Planiol. *Droit civil*, t. I, n^o 532; Glasson : *Procédure civile*, t. I, p. 69; Alglave, *loc. cit.*

2. Poitiers, 26 mai 1846. Sirey. 46.2.462.

3. Cassation, 25 mai 1869. Sirey. 1869.1.308 ; Cassation, Belgique, 5 mai 1881. Sirey. 81.4.44. ; Cassation, 24 décembre 1901. Dalloz. 1902.1.361.

ment le droit, à la condition que l'ordre public soit intéressé.

Or, c'est avec raison que cette interprétation a été très vivement contestée par la doctrine (1).

Elle est, d'abord, contraire aux précédents historiques. Depuis l'ordonnance de juillet 1319 jusqu'au XVIII^e siècle inclusivement, on a toujours décidé, dans l'ancien droit, qu'en matière civile le ministère public ne peut agir qu'en vertu de textes formels (2).

C'est cette solution qu'a entendu consacrer la loi des 16-24 août 1790 (titre 8, article 12) : « Au civil, dit ce texte, les commissaires du roi exercent leur ministère non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis. »

Or les auteurs de la loi du 20 avril 1810 n'auraient pas dérogé à ces précédents sans le dire expressément. Rien, d'ailleurs, dans les travaux préparatoires de cette loi, ne permet de supposer l'intention de modifier sur ce point le droit existant.

Le texte même de l'article 46 prouve que le ministère public a été organisé à nouveau en 1810, sans qu'il soit rien ajouté à ses attributions.

Le système extensif accepté par les arrêts est im-

1. Garsonnet. *Procédure civile*, t. I, 81 et suiv ; Glasson, *loc. cit.*

2. Pothier. *Traité de procédure civile*, n° 451 ; Guyot, v° *Ministère public*.

puissant à rendre compte du texte en question, tandis que l'interprétation restrictive en fournit une explication satisfaisante.

Si l'on dit que le ministère public peut poursuivre l'exécution des lois dans toutes celles de leurs dispositions qui intéressent l'ordre public, la phrase : « *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* » ne présente plus de sens, car ou elle ne veut rien dire ou elle signifie qu'il n'agit d'office que si la loi l'y autorise. Si, au contraire, on n'admet le ministère public à agir d'office qu'en vertu d'un texte formel, la phrase : « *Il poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public* » conserve un sens appréciable, car elle se rapporte aux attributions que le ministère public exerce en dehors des débats judiciaires, comme la vérification des actes de l'état civil et la surveillance de la régularité des procédures.

En d'autres termes les deux alinéas de l'article 46 ont chacun un sens distinct et une portée d'application différente. Le premier est consacré au droit d'action du Ministère public ; mais le second a un tout autre objet et concerne le droit de surveillance du ministère public. Celui-ci est en effet chargé, dans l'intérêt de l'ordre public, de veiller à l'exacte exécution des lois et des décisions judiciaires.

Enfin, il est une autre considération, mise en lumière par M. Garsonnet, qui montre que le système

restrictif est de beaucoup préférable. C'est qu'il existe une différence essentielle entre l'action publique pour obtenir la répression des crimes et des délits et l'action privée pour obtenir l'application des lois civiles. La première doit appartenir, en principe, au ministère public qui représente la société ; la seconde ne doit lui être donnée que par exception, et il y aurait un grave danger à ce que le Ministère public, irresponsable sauf les cas très rares de prise à partie pût, sous couleur d'ordre public, s'ingérer dans les affaires privées, soulever des procès que les intéressés s'accordent à éviter et tenter des actions qu'ils veulent laisser sommeiller. « Il n'y aurait pas, avec ce système, dit M. Garsonnet, de scandale qu'un procureur de la République ne pût soulever par excès de zèle, et pour prendre les choses par un plus petit côté, les citoyens trouveraient engagés, par son fait, dans les procès qu'ils pourraient gagner et dont les frais n'en resteraient pas moins partiellement à leur charge. » Ajoutons que la difficulté même de définir l'ordre public et le caractère variable de cette notion pourraient conduire en ce domaine à des conséquences singulières (1).

1. Sur cette question, voir : Alglave. *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, t. 1^{er}.

CONCLUSION

Arrivés au terme de notre travail, nous ne saurions encourir la critique d'avoir fourni une liste incomplète des dispositions d'ordre public. Notre but, en effet, n'a pas été de donner une nomenclature. Une telle entreprise ne serait-elle pas d'ailleurs chimérique, étant donnée la contingence d'une notion qui reflète toutes les modifications des idées et des mœurs. Au surplus, on peut d'autant moins se flatter de pouvoir fixer, *à priori* et complètement, ce qui, dans la législation, appartient à l'ordre public, que cela même n'apparaît que peu à peu, au fur et à mesure que des conventions nouvelles et variées ouvrent la question sur des points différents.

Nous avons cherché à dégager et à préciser cette notion essentiellement contingente, à en donner une définition susceptible de convenir à tous les temps et à tous les lieux. Les lois qui se rattachent à l'ordre public, ce sont celles qui, dans un pays donné et à un moment précis de civilisation, sont, d'après la volonté du législateur, considérées comme nécessaires pour le maintien de l'ordre social et moral. Dans cet

ordre rentre, nous l'avons vu, la protection des incapables et des faibles, en comprenant ce mot dans un sens très général. De plus en plus, la société est pénétrée des idées de solidarité qui la poussent à prendre sous sa tutelle ceux qui sont désarmés ou qui occupent une situation désavantageuse dans la lutte.

Parmi les caractères des lois d'ordre public que nous nous sommes efforcés de mettre en lumière dans le premier chapitre de cette étude, nous avons indiqué la variabilité de la notion d'ordre public. Nous croyons avoir vérifié cette affirmation en nous attachant successivement aux lois tendant à conserver l'ordre politique et social proprement dit, à celles visant plus spécialement au maintien de bonnes mœurs, à celles enfin qui ont pour objet de protéger certains groupes de personnes.

Nous avons ajouté que la portée même de la sanction des lois envisagées n'a pas été toujours entendue de la même manière. Cette assertion a été également prouvée. En admettant la maxime : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la jurisprudence sanctionnait d'une façon très imparfaite — on pourrait même dire immorale — les règles d'ordre public. En effet elle autorisait l'une des parties contractantes à s'enrichir au détriment de l'autre sous le prétexte que la convention contraire à l'ordre public ou aux mœurs était illicite. Souhaitons que les arrêts cessent absolument de s'inspirer d'un adage

dont l'application est contraire aux principes, nous avons vu d'ailleurs qu'ils s'acheminent de plus en plus vers la solution désirable à cet égard.

La jurisprudence a commis pour ainsi dire une erreur inverse de la précédente en permettant au ministère public d'agir, même en l'absence d'un texte spécial, quand l'ordre public est intéressé. C'est là sanctionner d'une façon abusive et dangereuse les lois d'ordre public.

En résumé, nous pouvons dire que l'idée même d'ordre public, de dispositions légales soustraites à la liberté des conventions, est permanente comme la nécessité de vivre en société, mais que la conception de l'étendue de l'ordre public, et même, bien qu'à un degré moindre de sa sanction, varie avec les transformations de la société.

Vu le Président :

WAHL

Vu le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	7
CHAPITRE PREMIER. — Notion générale des lois d'ordre public.	11
CHAPITRE DEUXIÈME. — Lois d'ordre politique et social proprement dit.	31
CHAPITRE TROISIÈME. — Lois d'ordre moral.	52
Le courtage matrimonial	54
Le contrat de la claque	75
Conventions relatives aux maisons de tolérance	82
CHAPITRE QUATRIÈME. — Lois de protection.	87
CHAPITRE CINQUIÈME. — Sanction des lois d'ordre public.	113
<i>Section I</i>	113
<i>Section II</i>	130
CONCLUSION	137

MAYENNE, IMPRIMERIE CHARLES COLIN
